Die Ablehnung von Gerichtspersonen im Deutschen Strafprozess.

INAUGURAL-DISSERTATION

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hanns Mauck
aus München
Referendar am Landgericht München I.

Approbiert am 25. Juli 1930.

Murnau
Buchdruckerei Fürst
1931.

Referent:
Univ.-Prof. Dr. A. Köhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Literaturverzeichnis	III
Einleitung:	
Der rechtspolitische Grundgedanke der Ablehnung von Gerichtspersonen	1
Erster Teil:	
Die Ablehnung von Gerichtspersonen im früheren Recht	
1. Die Regelung im römischen Recht	4
2. Die Rekusation des gemeinen Rechtes	9
3. Die Normierung der Rekusation in den Deutschen Landesrechten vor Inkrafttreten der RStPO	12
Zweiter Teil:	
Die Ablehnung von Gerichtspersonen im geltenden Recht	
1. Entstehungsgeschichte und heutige Fassung der §§ 24 ff. RStPO	15
2. Der Kreis der Gerichtspersonen	20
3. Der Kreis der Ablehnungsberechtigten	25
4. Die Voraussetzungen der Ablehnbarkeit:	
A. Die Ausschließungsgründe:	27
a) Die Ausschließung nach StPO 22 Ziff. 1—3	28
b) Die Ausschließung nach StPO 22 Ziff. 4 u. 5	30
c) Fälle analoger Anwendung des § 22	33
d) Die Ausschließung nach StPO 23	35
B. Die Ablehnungsgründe im engeren Sinn:	
a) Der Begriff: Besorgnis der Befangenheit	42
b) Einzelne Fälle der Ablehnbarkeit oder Nichtablehnbarkeit von Gerichtspersonen	44
aa) Analoge Anwendung des § 22 als Ablehnungsgrund	45
bb) Die Frage einer Rechtfertigung des Ablehnungsgesuchs durch entsprechende Anwendung des § 23	45
cc) Die Unzulässigkeit der Ablehnung eines Gerichts als Behörde	47

dd) Die politische Ueberzeugung des Richters als Ablehnungsgrund 49
ee) Weitere Ablehnungsgründe 51
5. Das Verfahren der Ablehnung:
a) Die zeitliche Begrenzung des Ablehnungsgesuchs 53
b) Form und Inhalt des Ablehnungsgesuchs 56
c) Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch
aa) Die Zuständigkeit 59
bb) Das Entscheidungsverfahren 62
d) Rechtsmittel 63
6. Die Wirkungen der Ablehnung:
a) bei noch nicht entschiedenem Gesuch 65
b) bei erfolgreichem Gesuch 66
7. Die Entscheidung von Amtswegen 67

Dritter Teil:

Die Ablehnung von Gerichtspersonen im künftigen Recht
Die Ablehnung in den Reformentwürfen 70

Anhang:

Die Ablehnung von Gerichtspersonen im österreichischen Strafprozeß 80

Literaturverzeichnis.

Alsberg, Max — Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte. — 3 Bände. — Bensheimer. Mannheim. Berlin. Leipzig. 1927.

Beling, Ernst — Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts. (Früher: Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts.) — De Gruyter. Berlin und Leipzig. 1928.

Binding, Karl — Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts. — Duncker u. Humblot. Leipzig. 5. Aufl. 1904.

Birkmeyer, Karl — Deutsches Strafprozeßrecht.— Müller. Berlin. 1898.

Cramer, Leopold Ritter von — Die Strafprocess-Ordnung vom 23. Mai 1873. — 5. Bd. der Manz'schen Gesetz-Ausgaben. — Manz. Wien. 9. Aufl. 1898.

Daude-Daude — Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. — Müller. Berlin und München. 13. Aufl. 1928.

Dochow, Adolf — Die Deutsche Strafprozeßordnung vom 1. Febr. 1877. (Entstehungsgeschichte, leitende Grundsätze und Geltungsgebiet.) — In Bd. 1 von Holtzendorff's Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. — Habel. Berlin. 1879.

Doerr, Friedrich — Strafprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz und anderen ergänzenden Gesetzen. — Beck. München. 1925.

Dohna, Alexander Graf zu — Das Strafprozeßrecht. — Heymann. Berlin. 3. Aufl. 1929.

Feisenberger, Albert — Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. — De Gruyter. Berlin und Leipzig. 1926.

Gampp, Friedrich	Lehrbuch des österreichischen Strafprozesses. — Gusek. Kremsier. Wien. Leipzig. 4. Aufl. 1923.
Geib, Gustav	Geschichte des römischen Criminalprozesses bis zum Tode Justinians. — Weidmann. Leipzig. 1842.
Gerland, Heinrich	Der Deutsche Strafprozeß. — Bensheimer. Mannheim. Berlin. Leipzig. 1927.
Glaser, Julius	Die geschichtlichen Grundlagen des neuen Deutschen Strafprozeßrechts. — In Bd. 1 von Holtzendorff's Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. — Habel. Berlin. 1879.
Glaser, Julius	Handbuch des Strafprozesses. — Erschienen als 9. Abteilung, 4. Teil der Reihe: Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, herausgegeben von K. Binding. — 2 Bände. — Duncker und Humblot. Leipzig. 1883 und 1885.
Gleispach, Wenzeslaus	Das deutschösterreichische Strafverfahren. (Früher: Rulf-Gleispach, Systematische Darstellung des österreichischen Strafprozesses.) — Tempsky. Wien. Freytag. Leipzig. 1919.
Hahn, C.	Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und zu dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877.— 3. Band der auf Veranlassung des Kaiserlichen Reichs-Justizamts herausgegebenen Reihe: Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. — 2 Abteilungen. — Decker. Berlin. 1880 und 1881.
Heimberger, Joseph	Zur Reform des Strafprozesses. — S. 33—98 in der Festgabe der Bonner juristischen Fakultät für Karl Bergbohm. — Marcus und Weber. Bonn. 1919.
John, Richard	Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. — Erschienen als Bd. 6 in der Reihe;

	Die Gesetzgebung des Deutschen Reichs mit Erläuterungen, herausgegeben von E. Bezold. — Palm u. Enke. Erlangen. 1884.
Keller, Adolf	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, nebst Einführungsgesetz. — Schauenburg. Lahr. 1878.
Kiesow, Wilhelm	Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungs-Gesetz mit den Nebengesetzen. — Bensheimer. Mannheim. Berlin. Leipzig. 4. Aufl. 1925.
Kohlrausch, Eduard	Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. — De Gruyter. Berlin und Leipzig. 20. Aufl. 1925.
Kries, August von	Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. — Mohr. Freiburg i. B. 1892.
Lilienthal, Karl von	Strafprozeßrecht. — Springer. Berlin. 1923.
Lißbauer, Karl	Die österreichischen Strafprozeßgesetze nach dem Stande vom 1. September 1923. — Österreichische Staatsdruckerei. Wien. 2. Aufl. 1923.
Löwe-Hellweg-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 22. März 1924 nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz. — De Gruyter. Berlin und Leipzig. 18. Aufl. 1929.
Lohsing, Ernst	Österreichisches Strafprozeßrecht in systematischer Darstellung. — Moser. Graz und Wien. 1912.
Mamroth, Ernst	Die Strafprozeßordnung nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz. — Vahlen. Berlin. 1900.
Mittermaier, C. J. A.	Das Deutsche Strafverfahren. — 2 Teile. — Mohr. Heidelberg. 4. Aufl. 1845.
Mittermaier, C. J. A.	Die Lehre von der Ablehnung der Richter im Strafprozesse. — Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Jahrg. 1845. Erstes Stück. — Schwetschke u. Sohn. Halle. 1845.
Mommsen, Theodor	Römisches Strafrecht. — Erschienen als 4. Teil der 1. Abteilung von Binding's Handbuch der Deutschen

		Rechtswissenschaft. — Duncker u. Humblot. Leipzig. 1899.
NKommB	=	Bericht der 7. Kommission zur Vorberatung der Entwürfe 1. eines Gesetzes betr. Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes 2. einer Strafprozeßordnung 3. eines zu beiden Gesetzen gehörenden Einführungsgesetzes. — Reichstagsverhandlungen Bd. 277 u. 278, Nr. 638 (S. 3108—3738). — Berlin. 1911.
Planck, Julius		Das Deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter.— 2 Bände.— Schwetschke u. Sohn. Braunschweig. 1879.
Planck, Julius		Systematische Darstellung des Deutschen Strafverfahrens auf der Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848. — Dieterich. Göttingen. 1857.
ProtRefK	=	Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses. Herausgegeben vom Reichs-Justizamte. — 2 Bände. — Guttentag. Berlin. 1905.
RefE I	=	Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderungen und Ergänzungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung nebst Begründung vom 6. Dez. 1894.— Reichstagsverhandlungen IX. Legislaturperiode, III. Session 1894/95, 1. Anlagenband, Nr. 15. — Berlin. 1895.
RefE II	=	Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung. — Amtliche Ausgabe. — Liebmann. Berlin. 1908.
RefE III	=	Entwurf a) eines Gesetzes betr. Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes b) einer Strafprozeßordnung. — Reichstagsverhandlungen Bd. 254, Nr. 1310. — Berlin. 1909.

RefE IV	=	Entwurf a) eines Gesetzes zur Aenderung des Gerichtsverfassungsgesetzes b) eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen nebst Begründung. — Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. — Beck, Bensheimer usw. Berlin. 1920.
RefE V	=	Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Strafgerichte.— Veröffentlicht in Nr. 157 des Deutschen Reichsanzeigers vom 19. Juli 1922.
RefE VI	=	Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Strafgerichte vom 29. Mai 1923. — Reichstagsverhandlungen Bd. 378, Nr. 5884. — Berlin. 1924.
RefE VII	=	Amtlicher Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz, nebst Begründung. — Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. — Beck, Bensheimer usw. Berlin. 1929.
Rosenfeld, Ernst		Deutsches Strafprozeßrecht. — 2 Bändchen. Sammlung Göschen. — De Gruyter. Berlin und Leipzig. 1926.
Rosenfeld, Ernst		Der Reichs-Strafprozeß. — Guttentag. Berlin. 1915.
Schoetensack, August		Der Strafprozeß der Carolina. — Engelmann. Leipzig. 1904.
Schwarze, Friedrich von		Commentar zu der Deutschen Strafprozeßordnung und zu den auf dieselbe bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes. — Fues. Leipzig. 1878.
Seuffert, J. M.		Von dem Rechte des peinlich angeklagten seinen Richter auszuschließen aus dem Gesichtspunkte der gesetzgeberischen Klugheit. — Felsecker. Nürnberg. 1787.
Stroux, Johannes u. Wenger, Leopold		Die Augustus-Inschrift auf dem

	Marktplatz von Kyrene. — Abhandlungen der Bayer. Akad. d. Wissensch., philos.-philol. u. histor. Klasse. XXXIV. Bd., 2. Abhandlung. — Bayer. Akad. d. Wissensch. München. 1928.
Ullmann, Emanuel	Die allgemeinen Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte und die Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen. — Bd. 1 von Holtzendorff's Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. — Habel. Berlin. 1879.
Ullmann, Emanuel	Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts. — Beck. München. 1893.
Vargha, Julius	Das Strafprozeßrecht. — In der Reihe: Compendien des österreichischen Rechtes. — Heymann. Berlin. 1885.
Voitus, C. A.	Kommentar zu der Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich und den dieselbe ergänzenden Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes. — Reimer. Berlin. 1877.
Voitus, C. A.	Kontroversen betr. die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. — 2 Bände. — Puttkammer u. Mühlbrecht. Berlin. 1881.
Warhanek, Karl	Die Strafprozeßordnung. — In Bd. II der „Österreichischen Gesetzeskunde" von Ehrenreich. — Patriotische Volksbuchhandlung. Wien. 1911.
Zachariae, Heinrich	Handbuch des Deutschen Strafprozesses. — 1. Bd. — Dieterich. Göttingen. 1861.
Zumpt, A. W.	Der Criminalprozeß der Römischen Republik. — Teubner. Leipzig. 1871.

Einleitung

DER RECHTSPOLITISCHE GRUNDGEDANKE DER ABLEHNUNG VON GERICHTSPERSONEN.

Eine der wichtigsten Voraussetzungen für das gesunde Rechtsleben eines Staates ist das Vertrauen des Volkes zu seinen Richtern. Jede Erschütterung dieses Vertrauens muß zwangsläufig schwere Störungen im gesellschaftlichen Zusammenleben der Nation zur Folge haben. Die Richtigkeit dieses Satzes beweist mit besonderer Eindringlichkeit unsere Zeit. In ihr wurde, — zu einem guten Teil mit Unrecht und aus nicht bei den Richtern, sondern beim Gesetzgeber liegenden Gründen, — das Schlagwort von der „Vertrauenskrise der Justiz" geprägt, das heute oft nur zu agitatorischen Zwecken benützt und von der Masse der Urteilslosen bereitwillig aufgenommen wird.

Darum muß jede Rechtspflege, die auf das Vertrauen des Volkes Anspruch erhebt, in erster Linie unparteilich sein. Nur dann wird sie sich der notwendigen Autorität erfreuen können. Jeder, der vor die Schranken des Gerichts tritt, sei es nun als Gläubiger oder Schuldner, als Ankläger oder Angeklagter, hat ein Recht darauf, seine Sache nur von einem völlig unvoreingenommenen Richter entschieden zu sehen. In größerem Umfange als für den Zivilprozeß, wo es sich meist nur um Vermögenswerte handelt, gilt dies noch für den Strafprozeß. Denn hier geht es um mehr. Im Strafverfahren stehen nur zu oft Ehre und Freiheit, ja sogar das Leben auf dem Spiel. Ueberdies ist die prozessuale Stellung des Angeschuldigten im Strafverfahren eine ungünstigere, als die des Beklagten im Zivilprozeß. Denn das Prinzip der Waffengleichheit, das den Zivilprozeß beherrscht, mag zwar theoretisch auch für das Strafverfahren gelten, ohne indessen hier auch nur annähernd praktisch durchgeführt zu sein. „Im Strafverfahren stehen sich zwei an Machtmitteln völlig ungleiche Gegner, der Staat und der Einzelne, gegenüber. Die Verfahrensvorschriften sollen dafür sorgen, daß der Staat den Unschuldigen nicht mit seiner

Macht erdrückt, daß aber andererseits der Arm des Staates nicht gehindert wird, den Schuldigen zu fassen."[1]) Die Motive zur Strafprozeßordnung bezeichnen denn auch mit gutem Grund das Recht des Beteiligten auf Beurteilung durch unbefangene Richter als eines der wichtigsten Rechte.[2])

Der Gesetzgeber wird deshalb versuchen, möglichst weitgehende Garantien für die Unparteilichkeit der Richter zu geben, um so von sich aus wenigstens alles zu tun, was das Vertrauen der Bevölkerung in die Organe der Rechtspflege festigen kann. Dabei muß er u. A. auch darauf bedacht sein, die Mitwirkung eines irgendwie an der Sache interessierten Richters zu verhindern, da eine solche Mitwirkung nicht nur die objektive Rechtsfindung in dieser Sache, sondern das Ansehen der Justiz überhaupt gefährden kann. Bei diesem Bestreben wird der Gesetzgeber regelmäßig von zwei verschiedenen rechtlichen Situationen auszugehen haben.

Einmal kann eine Gerichtsperson in einer derart engen Beziehung zu der fraglichen Sache stehen, daß schon von vorneherein und aus allgemeinen Erwägungen heraus ihre Mitwirkung in diesem Prozeß nicht angebracht erscheint. Beim Vorliegen solcher Verhältnisse, die ohne weiteres eine Interessenkollision befürchten lassen, greift das Institut der Ausschließung oder Unfähigkeit ein. „Gewisse, der Mitwirkung eines Richters entgegenstehende Hinderungsgründe sind von der Art, daß schon die Rücksicht auf das Ansehen der Strafjustiz die Ausschließung des Richters erheischt." [3]) In diesen Fällen schließt der Gesetzgeber von sich aus, — ipso jure, — den unfähigen Richter (judex inhabilis) von jeder Mitwirkung in dieser konkreten Sache aus. Etwaige Prozeßakte der unfähigen Gerichtsperson sind nichtig. Eines besonderen Vorgehens der Beteiligten gegen den ausgeschlossenen Richter bedarf es nicht.

Nun können die Dinge aber auch so liegen, daß einerseits keine so enge Beziehung zwischen der Gerichtsperson und der betr. Sache besteht, um gleich die Ausschließung Platz greifen zu lassen. Auf der anderen Seite kann aber immerhin ein Verhältnis vorliegen, das begründete Zweifel an der Unbefangenheit des Richters aufkommen läßt. Hier erscheint es billig, dem Angeschuldigten nach

1) Kiesow, Vorwort.
2) Hahn, I S. 92 § 22.
3) Hahn, I S. 82, Vorbemerkung zum 2. Abschnitt.

seinem subjektiven Ermessen die Möglichkeit zu geben, diese Zweifel mit dem Ziel der Ausschaltung der betr. Gerichtsperson für den konkreten Prozeß und mit der Aussicht auf Erfolg vorzubringen.

Für diesen Fall ist das Institut der Ablehnung oder Rekusation gedacht. Im Gegensatz zur Ausschließung und in konsequenter Verfolgung des ihr zugrundeliegenden rechtspolitischen Gedankens unterliegt die Ablehnung dem Belieben und dem Verzicht der am Verfahren Beteiligten. Diese haben es in der Hand, ob sie etwa vorhandene Zweifel an der Unbefangenheit einer Gerichtsperson vorbringen wollen oder nicht. Erst wenn sie ihre Verdachtsgründe gegen diesen judex suspectus in einem Ablehnungsgesuch zum Ausdruck gebracht haben und das Gericht, — natürlich ohne Mitwirkung des Verdächtigten, — die Begründetheit ihres Vorbringens anerkannt hat, muß sich die betr. Gerichtsperson jeder weiteren Tätigkeit in dieser Sache enthalten. Von der Genehmigung des Rekusationsgesuchs ab steht dann der abgelehnte Richter dem kraft Gesetzes ausgeschlossenen vollkommen gleich. Er kann von diesem Zeitpunkt an keinerlei gültige Amtshandlungen in der konkreten Sache mehr vornehmen. Tut er es dennoch, so sind sie nichtig. Der Ablehnungsgrund wirkt also nicht ipso jure, sondern erst ope exceptionis. Das Institut der strafprozessualen Ablehnung von Gerichtspersonen soll nun im folgenden näher untersucht werden. Dabei wird die Ausschließung nur die Berücksichtigung finden können, deren sie für die Beleuchtung ihres Verhältnisses zur Rekusation bedarf.

Erster Teil

DIE ABLEHNUNG VON GERICHTSPERSONEN IM FRÜHEREN RECHT.

1. Die Regelung im römischen Recht.

Der Gedanke, daß der Angeschuldigte die Gewähr haben müsse, vor das Forum eines unparteilichen Richters zu kommen, ist keineswegs neu. Er findet sich bereits im römischen Recht.

In der Frühzeit des alten Rom waren die Träger der Strafgewalt die Könige. Wie uns in den Quellen wiederholt berichtet wird, sprachen sie in allen oder wenigstens in den schwereren Strafsachen selbst das Urteil.[1]) Von ihrer Ablehnung konnte naturgemäß keine Rede sein.

Mit der Vertreibung der Könige ging die Strafgewalt auf die Consuln oder, wie sie ursprünglich hießen, die Prätoren über. Allein die unbeschränkte Jurisdiction dieser Amtspersonen erhielt sich nicht lange. Schon bald setzte sich der Gedanke durch, daß das Volk, von dem jetzt alle Gewalt ausging, auch die ausschließliche Zuständigkeit in Strafsachen habe. Dieser Gedanke fand seinen gesetzgeberischen Niederschlag in einer Bestimmung der zwölf Tafeln, wonach das Volk die Aburteilung von Verbrechen in den Commitien vornehmen sollte.[2]) Da aber bei der großen Teilnehmerzahl dieser rechtsprechenden Volksversammlungen die Stimme eines etwa Befangenen kaum entscheidend ins Gewicht fallen konnte, ergab sich damals auch noch nicht das Bedürfnis, dem Angeklagten ein Ablehnungsrecht zu geben.

Dies änderte sich jedoch mit der Einführung der quaestiones perpetuae, deren Einrichtung mit der Zunahme der Bevölkerung und der dadurch bedingten Unmöglichkeit einer Entscheidung aller Strafsachen durch die Commitialgerichte zusammenhängt.[3]) Bei diesen Quaestionen,

1) Vergl. z. B. für Tarquinius Priscus die Stelle bei Livius I 40.
2) Vergl. Dirksen, Zwölftafelfragmente, S. 644—650.
3) Die erste quaestio perpetua wurde im Jahre 605 (urbe condita) gegründet.

in denen eine begrenzte Zahl von Richtern Recht sprach, erschien es billig, die Möglichkeit der Zurückweisung gewisser Richter zu geben. Die Richter sollten den Prozeßbeteiligten als Richter ihrer Wahl erscheinen. Darum wurde dem Ankläger wie dem Angeklagten eine weitgehende Einflußnahme auf die Zusammensetzung der quaestio eingeräumt.

Für jede Quaestion war nämlich eine gewisse Anzahl von Richtern von vorneherein bestimmt.[4]) Aus dieser Zahl wurden dann die judices für den einzelnen Fall entnommen. Dabei achtete man streng darauf, daß nicht jemand als Richter bestellt wurde, der mit dem Ankläger oder Angeklagten bis zu einem gewissen Grad verwandt oder verschwägert war oder derselben societas oder dem gleichen collegium wie dieser angehörte.[5]) War ein solcher „Ausschließungsgrund" bei einem judex gegeben, so war der Vorsitzende der quaestio berechtigt und verpflichtet, den Betreffenden von vorneherein auszuscheiden. Auch war der verhinderte judex selbst gehalten, auf seine Beziehungen zu den Prozeßbeteiligten hinzuweisen. Erfolgte weder Ausschluß durch den Vorsitzenden noch Selbstablehnung durch den betreffenden Richter, so konnten die Parteien den judex suspectus selbst ablehnen. Dabei bestand nur eine, besonders für die spätere Entwicklung dann bedeutsame Ausnahme: der praetor oder judex quaestionis unterlag nicht der Verwerfung. Sonst waren dem Zurückweisungsrecht des Anklägers und Angeklagten gerade in der Zeit der quaestiones perpetuae ziemlich weite Grenzen gesetzt.

Die tatsächliche Auswahl der Richter erfolgte regelmäßig durch Auslosung seitens der leitenden Magistratsperson. Der praetor oder judex quaestionis legte Täfelchen mit den Namen aller anwesenden Richter in eine Urne und zog dann soviel Namen daraus hervor, bis die für den jeweiligen Fall erforderliche Zahl der judices voll war. Dieses Verfahren hieß sortitio. Wenn die Prozeßbeteiligten mit dem Ergebnis dieser Auslosung nicht zufrieden waren, konnten sie, — und zwar der Ankläger vor dem Angeklagten, — jeden so sortierten Richter zurückweisen.[6]) Ob für die beiden Prozeßparteien eine bestimmte Begrenzung in der Zahl der reiciblen Richter bestand,

4) Nach Seuffert, S. 48 ff., waren es 450.
5) Vergl. Geib, S. 306; Klenze, Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. VI S. 37 ff.; Savigny, System d. röm. Rechts II S. 255 ff.
6) Vergl. Cicero, in Verr. Act. I 6, 16 (zitiert bei Zumpt, S. 207).

läßt sich mit allgemeiner Geltung nicht sagen. Geib[7]) ist der Ansicht, daß die Zahl nicht völlig unbeschränkt, aber doch immerhin sehr bedeutend gewesen sein muß. Bei dieser Verwerfung (reiectio) brauchte kein besonderer Grund angegeben zu werden. Es genügte die einfache Erklärung.[8]) Ankläger und Angeklagter hatten also nach der sortitio das Recht der sogenannten freien oder peremptorischen Ablehnung, während sie vor derselben ihre Verwerfungen begründen mußten.

Die Lücken, die in dem ersten Consilium durch die Ablehnungen entstanden waren, wurden durch eine zweite Auslosung, die sogenannte subsortitio, wieder geschlossen. Es wurden neuerdings soviele Namenstäfelchen aus der Urne genommen, als Rekusationen erfolgt waren. Die auf diese Weise neu ausgelosten Richter konnten wahrscheinlich von den Prozeßbeteiligten dann wiederum peremptorisch abgelehnt werden, worauf neue subsortitio mit neuer Verwerfungsmöglichkeit erfolgte und dies fortgesetzt wurde, bis die zur Konstituierung des Gerichts erforderliche Zahl von judices beisammen war. Es steht dies aber nicht ganz fest, da die Quellen hierüber keine Angaben enthalten.[9]) [10])

Von diesem regelmäßigen Verfahren bei der Richterbestellung der quaestio perpetua bestanden indessen Abweichungen. So beschränkte die lex Cornelia Sullas das freie Verwerfungsrecht des Anklägers und Angeklagten auf drei Richter. Die lex Vatinia vom Jahre 695 (u. c.) gestattete beim crimen repetundarum den beiden Parteien einmalige Ablehnung des ganzen Consiliums. Die lex Pompeia vom Jahre 702 (u. c.) schuf gänzlich neue, speziell für den milonischen Prozeß gedachte Bestimmungen, die aber schon wegen ihres ad-hoc-Charakters wohl nur von vorübergehender Bedeutung waren. Eine Ausnahme bildet auch die von der sortitio stark abweichende editio judicum. Hier benannten Ankläger und Angeklagter aus der Gesamtliste je 100 Richter, von denen dann die Gegenpartei jeweils 50 verwerfen konnte, sodaß mindestens

7) S. 309.
8) Vergl. Cicero, de orator. II 70; in Verr. Act. III 60.
9) Seuffert, S. 49 und Zachariae, S. 103, stellen die Möglichkeit neuerlicher Ablehnung als sicher hin; Geib, S. 310, hält sie für wahrscheinlich; Zumpt schweigt.
10) Das die Bildung der Geschworenenbank betr. Verfahren der (alten) §§ 279 ff. der RStPO enthält übrigens gewisse Anklänge an die geschilderte römische Praxis bei der Bildung der quaestio perpetua.

100 übrig blieben. Dieses Verfahren wurde indessen von Sulla in der lex Cornelia endgültig wieder abgeschafft und durch die normale sortitio und subsortitio ersetzt. Eine andere editio gab es nach der lex Licinia de sodaliciis. Nach ihr benannte der Ankläger 4 Tribus, denen die Richter entnommen werden sollten. Der Angeklagte hatte dann das Recht, eine dieser Tribus zu verwerfen, worauf der Ankläger aus den verbleibenden 3 Tribus die Richter persönlich auswählte. Ob der Angeklagte dann noch berechtigt war, diese so bestimmten judices zu verwerfen, ist bestritten.[11])

Der Quaestionenprozeß bestand etwa 120 Jahre. Dann wurde er langsam durch die zunehmende Jurisdiction anderer Strafgerichte ausgehöhlt und verdrängt. Diese anderen Behörden waren die Gerichte des Senats, des Kaisers, des praefecti praetorio und des praefecti urbi. Der Kaiser, vor allem aber die praefecti praetorio und urbi entschieden unter Zuziehung eines beratenden Collegiums, dessen Mitglieder assessores hießen. Bei diesem Abgleiten der Strafgewalt aus den Händen von Volksrichtern, wie sie in den quaestiones perpetuae saßen, und der Uebernahme der Criminaljurisdiction durch Personen von bestimmter Qualifikation können wir eine Erscheinung beobachten, die uns später auch im Deutschen Recht wieder begegnen wird. Die Befugnis der Prozeßbeteiligten zur Ablehnung von Gerichtspersonen wird nämlich vermindert. Es mag dies mit der Ueberlegung zusammenhängen, daß ein Richter von bestimmter Vorbildung, also vor allem ein rechtsgelehrter Richter, im allgemeinen mehr die Gewähr der Unparteilichkeit bieten wird wie ein Laienrichter. Denn der Volksrichter ist viel eher geneigt, nach seinem Gefühl zu urteilen wie der geschulte Jurist. Beim Laienrichter ist die Gefahr ungleich größer, er möge bei seinem Spruch einer etwa vorhandenen Sympathie oder Antipathie gegenüber dem Angeklagten die Zügel schießen lassen. Mit dieser zweifellos richtigen Tatsache wird man die Minderung der Rekusationsmöglichkeiten der Prozeßbeteiligten bei einer Besetzung der Richterbank durch Rechtsgelehrte in Zusammenhang bringen müssen.

11) Es kann nicht Aufgabe der vorliegenden Untersuchung sein, auf diese ungewissen und zeitlich nur kurz in Geltung gewesenen Ausnahmefälle näher einzugehen. Es möge genügen, auf sie hingewiesen zu haben. Eine nähere Darstellung findet sich bei Geib, S. 309 ff.

Jene oben besprochene Erscheinung treffen wir nun auch beim römischen Recht. Mit dem Wegfall der judices der alten Quaestionen bestand kein Grund mehr zur Auswahl der Richter durch sortitio und subsortitio oder editio nebst anschließender Verwerfungsmöglichkeit. Schon im Quaestionenprozeß mußte das Ablehnungsrecht der Parteien vor der Person des Praetors Halt machen. Diese Bestimmung blieb gegenüber dem nunmehr allein erkennenden Beamten bestehen. Hinsichtlich der assessores aber erschien eine Verwerfung nicht mehr angebracht, weil es sich bei ihnen nicht um Richter, sondern nur um Ratgeber handelte. Nur wenn die Magistratsperson sich eines Deliktes schuldig gemacht hatte und dadurch kraft Gesetzes von jeder Amtsbefugnis entkleidet war, mögen die Parteien das Recht gehabt haben, auf einen solchen noch nicht beachteten Umstand mit Erfolg hinzuweisen.

Im Recht Justinians findet sich überhaupt keine einzige Stelle, die unmittelbar oder ausschließlich auf das Strafrecht Bezug nimmt. Es ist deshalb bestritten, ob die für den Zivilprozeß gedachten Ablehnungsmöglichkeiten auch auf das Criminalverfahren Anwendung gefunden haben. Geib[12]) verneint die Frage schlechtweg. Andere, z. B. Zachariae[13]), lassen sie offen. Eine allgemein gehaltene Stelle bei Justinian scheint sich auf eine freie Ablehnungsbefugnis bezogen zu haben, womit dann auch die Unzulässigkeit der Verwerfung vom Augenblick der Litiscontestation ab erklärt wäre.[14]) Der Fall, daß ein Verdachtsgrund erst im Laufe der Verhandlung entsteht oder wenigstens bekannt wird, ist in Cap. 25 X I 29 geregelt. Die Hauptstelle aber, auf die sich besonders, wie später zu zeigen sein wird, auch das gemeine Recht stützte, ist l. 9 Dig. XL 12 (de libera causa). Sie diente scheinbar auch den in den päpstlichen Decretalien erlassenen Entscheidungen als Grundlage.[15])

12) S. 600, Fußnote 245.
13) S. 338, Fußnote 11.
14) L. 16. 18. Cod. III 1 (de judic.): „Licet enim ex imperiali numine judex delegatus est, tamen quia sine suspicione omnes lites procedere nobis cordi est, liceat ei, qui suspectum judicem putat, antequam lis incohaetur, eum recusare, ut ad alium curratur, libello recusationis ei porrecto."
15) Vergl. ferner zu dem ganzen Fragenkomplex Mommsen, S. 215 ff., und wegen der Ablehnung von Richtern in der Provinz Kyrene die interessante Darstellung von Stroux-Wenger, insbes. S. 8 ff., 81 ff. und 101 ff.

2. Die Rekusation des gemeinen Rechtes.

Das gemeine Recht, wie es sich auf der Grundlage des römischen, kanonischen und langobardischen Rechtes entwickelt hatte, unterschied bereits zwischen der Ausschließung und der Ablehnung von Gerichtspersonen. Unfähig war ein Richter, wenn es sich um seine eigene Sache oder die seiner nächsten Angehörigen handelte.[1]) Wenn der Richter in einem solchen Falle nicht selbst Ablehnung geltend machte, konnte der Beschuldigte gegen ihn mit der exceptio judicis inhabilis vorgehen. Dagegen kannte das gemeine Recht im Gegensatz zum römischen keine freie oder peremptorische Ablehnung. Es war vielmehr die Anführung eines besonderen Grundes sowie die ausreichende Bewahrheitung desselben erforderlich. Dabei wandte man auf den judex suspectus ganz allgemein die schon erwähnte Stelle in 1. 9 Dig. XL 12 (de libera causa) an: „. . . . ad eundem judicem mittetur, nisi si justam causam afferat, quare ad eum mitti non debeat; forte si eum judicem inimicum sibi esse affirmet."

Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. vom Jahre 1532 brachte keine Aenderung. Auch sie enthält über die Frage der Ausschließung oder Ablehnung von Gerichtspersonen keine ausdrückliche Bestimmung. Es blieb deshalb wegen der salvatorischen Klausel der CCC und besonders wegen der im Art. 104 und 105 enthaltenen Verweisung auf das subsidiär weitergeltende römische Recht bei der bisherigen Regelung.[2])

Im gemeinen Recht richtet sich die Rekusation nicht bloß gegen den Richter, sondern auch gegen die Schöffen und den Gerichtsschreiber. Die Schöffen waren ursprünglich selbst an der Rechtsfindung beteiligt und mußten infolgedessen auch nach Art. 4 der CCC die „Schöpffen oder vrtheylsprecher Eyde" schwören, in denen ihr

1) Dabei stützte man sich auf 1. 1 Cod. III 5 (ne quis in sua causa) u. 1. 10 Dig. II 1 (de jurisdict.) A. A. Benedict Carpzow, Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium, P. III, qu. 101 Nr. 64 ff., der den Begriff der propria causa sophistisch faßt.

2) Dabei versteht die CCC, wie Sohm in Grünhut's Zeitschr. Bd. 1 S. 258 nachgewiesen hat, unter dem von ihr sogenannten beschriebenen kaiserlichen Recht nicht das rein römische Recht Justinians, sondern den usus modernus Pandectarum der italienischen Jurisprudenz.

Pflichtenkreis genau umrissen wurde.[3]) Auch als die Schöffen später zu gerichtlichen Solennitätszeugen herabgesunken waren, blieb dies auf die Möglichkeit ihrer Rekusation ohne Einfluß. Denn gerade so gut, wie man sich keine testes suspecti gefallen zu lassen brauchte, hatte man auch einen Anspruch auf die durch unparteiliche Schöffen besser gewährleistete Gesetzmäßigkeit des Verfahrens und Richtigkeit des Protokolls.[4]) Die gleiche Ueberlegung galt auch für den Gerichtsschreiber, der ursprünglich eine viel wichtigere Stellung innehatte als später. Während die Richterbank allgemein nur besetzt sein sollte von „frommen, erbarn, verstendigen und erfarnen personen“[5]) war der Actuarius das notwendig, u. U. allein schreibkundige Mitglied des Gerichts. Daraus erhellt die ursprüngliche Bedeutung seiner Aufgabe. Er mußte nicht nur „fleißig auffmercken haben, klag vnd antwurt, anzeygung, arkwon, verdacht, oder beweisung, auch die vrgicht des gefangen, vnd wes gehandelt wirdet getrewlich auffschreiben, verwaren, vnd so es noth thut verlesen“,[6]) ihm oblag auch u. A. die Formulierung und Verlesung der Urteile.[7]) Der Beschuldigte war also sehr wohl im Recht, wenn er bei dieser Wichtigkeit des Actuarius in seinem Prozeß nur einen unbefangenen Gerichtsschreiber mitwirken lassen wollte.

Die Ablehnung erfolgte durch Anführung einer causa suspicionis und ausreichende Bescheinigung derselben. Dies wird auch der Fall gewesen sein, wenn als Verdachtsgrund ein subjektives Urteil, z. B. Feindschaft gegen den Beschuldigten angegeben wurde. Denn zur „Bescheinigung“ einer solchen causa suspicionis konnte, wie der Name schon sagt, nicht allein das Aussprechen dieser Meinung genügen; es bedurfte noch der Benennung konkreter Tatsachen, die einen Rückschluß auf das Vorlie-

---

3) „Ich N. schwere, daß ich soll vnd will in peinlichen sachen rechte vrtheyl geben, vnd richten dem armen als dem reichen, vnd das nit lassen, weder durch lieb, leydt, miet, gab noch keyner andren sachen wegen.“

4) Eine ausdrückliche Anerkennung dieses Grundes findet sich noch in Art. 45 der Württemberg. StPO von 1843 für die „Gerichtsbeisitzer“, die nach Art. 59 als Gerichtszeugen die Verpflichtung haben, „auf den Hergang der Verhandlungen und darauf, daß Alles vollständig und treu niedergeschrieben werde, genau zu achten“.

5) CCC Art. 1; (vergl. auch die vier Richtertugenden: „Gerechtigkeit, Weisheit, Stärke und Maß“ in Kap. 71 des Schwabenspiegels).

6) CCC Art. 5.

7) CCC Art. 94 und 190.

gen des behaupteten Verdachtsgrundes erlaubten. Dagegen war eine besondere Bewahrheitung des Rekusationsgrundes nicht erforderlich, wenn die betr. Gerichtsperson selbst das Vorhandensein eines die Ablehnung rechtfertigenden Umstandes einräumte.

Eine wichtige Form der Bewahrheitungsmöglichkeit war der Perhorrescenzeid. Dieser war im Zivilprozeß unbestrittenermaßen allgemein zuläßig. Aber auch im Strafverfahren wurde er in weitem Umfang geduldet. Wenn auch die Zulässigkeit des juramentum perhorrescentiae nicht mit Sicherheit auf eine bestimmte Stelle des kanonischen Rechtes zurückgeführt werden kann, so war er doch im gemeinen Recht zum mindesten auf Grund eines entschiedenen Gerichtsgebrauchs anerkannt.[8]) [9])

Bestritten war allerdings, ob die Leistung des Perhorrescenzeides schlechtweg zur Ablehnung der Gerichtsperson genügte oder ob vielmehr auch hier noch die Benennung konkreter Tatsachen erforderlich war. Diese Streitfrage, die schon die Juristen des 13. Jahrhunderts verschieden beantworteten, fand auch später keine endgültige Klärung. Die Mehrzahl scheint den reinen Eid ohne Angabe besonderer Verdachtsmomente für ausreichend gehalten zu haben.[10]) Die zweite Gruppe, die noch die Benennung besonderer Tatsachen forderte,[11]) kam aber mindestens tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis wie die erste, da sie Ablehnungsgründe in einem solchen Umfange gelten ließ, daß es dem Beschuldigten dann jeweils ein Leichtes war, die causa suspicionis ausreichend zu bescheinigen. Im übrigen war wohl die erste Ansicht die richtige. Denn wenn man schon den Perhorrescenzeid gestattet, so ist es mit seinem Wesen und Zweck nicht vereinbar, über eine allgemeine Benennung des Verdachtsgrundes hinaus noch dessen Stützung durch Angabe konkreter Umstände zu verlangen.

---

8) Die meist angezogene Stelle in Cap. 11 de rescript. in 6to (I 3) scheint sich auf einen anderen Sachverhalt zu beziehen. Vergl. Mittermaier, Arch. S. 3 und Zachariae, S. 340 Fußnote 15.

9) Eine Widerlegung der gegenteiligen Ansicht, wonach wenigstens der eines Verbrechens Beschuldigte wegen allgemeiner Eidesunfähigkeit oder Meineidsverdachtes nicht perhorrescieren könne, gibt Spangenberg im Neuen Archiv des Criminalrechts Bd. XII Nr. 4 S. 100—107.

10) So z. B. Pillus de ordine judicior, in der Ausgabe von Bergmann Pillii, Tancredi, Gratiae, libri de ordine judic. (Göttingen. 1842. S. 29). Zitiert bei Mittermaier, Arch. S. 3.

11) — und der z. B. Tancredus (vergl. Fußnote 10) angehörte, —

Ebenso wenig wie heute konnte auch im gemeinen Deutschen Strafprozeß ein Gerichtskollegium als solches nicht abgelehnt werden, da es als öffentlich-rechtliche Körperschaft nicht suspekt sein kann. Dagegen war die tatsächliche Rekusation eines ganzen Kollegiums dann möglich, wenn entweder alle oder doch so viele Einzelmitglieder für ihre Person verworfen wurden, daß das Gremium für diesen Fall nicht mehr beschlußfähig war.[12])

Sobald die Ablehnung in der gehörigen Form vorgebracht und ihr — ohne Mitwirkung des rekusierten Richters — stattgegeben war, war die betr. Gerichtsperson von jeder weiteren Teilnahme an diesem Prozeß ausgeschlossen. Schon vom Moment der Geltendmachung der Rekusation ab mußte sich der Richter jeder weiteren Tätigkeit enthalten. Eine Ausnahme galt nur für die unaufschiebbaren Amtshandlungen. Nahm dagegen die Gerichtsperson zwischen Anbringung und Verbescheidung des Ablehnungsgesuches andere als unaufschiebbare Handlungen vor, und wurde dann dem Gesuch entsprochen, so waren diese Akte nichtig. Die vor Geltendmachung der Rekusation vorgenommenen Amtshandlungen blieben dagegen in ihrer Gültigkeit durch die erfolgreiche Ablehnung unberührt, es sei denn, daß es sich um offensichtliche Gesetzesverletzungen gehandelt hätte.[13])

In der späteren Zeit gewann mit der zunehmenden Emanzipation der Praxis von den Quellen das Institut der Aktenversendung große Bedeutung.[14]) Dabei bestand insofern ein gewisses Ablehnungsrecht, als der Beschuldigte bei Mißtrauen in die Person des an sich zuständigen Richters auf seine Kosten die Versendung der Akten an eine „hohe schule" beantragen konnte. Zugleich hatte er dabei die Möglichkeit, sich drei Fakultäten zu verbitten. Der Vorstand des Gerichts konnte dann die Akten nur noch an eine der nicht ausgenommenen Universitäten senden.

3. Die Normierung der Rekusation in den Deutschen Landesrechten vor Inkrafttreten der RStPO.

Die für die Ablehnung und Ausschließung in Frage

12) A. A. Mittermaier, Strafverfahren, S. 180, 8, der die Zulässigkeit der Ablehnung eines Kollegiums im Ganzen insoweit bejaht, als dies auch im Zivilprozeß möglich sei. — Vergl. ferner Spangenberg, a. a. O., S. 107.

13) A. A. scheinbar Mittermaier, Strafverf., S. 180.

14) Vergl. CCC. Art. 219 und Zachariae, S. 143.

kommenden Stellen der verschiedenen Deutschen Strafprozeßgesetze waren kurz folgende:

1. Preußen. Kriminalordnung von 1805, §§ 47—49 und Allgemeine Gerichtsordnung, Teil I, Titel 2, § 143, sowie StPO von 1867, §§ 24 und 25.
2. Bayern. StGB von 1813, Teil II, Art. 33. Vergl. auch den bayerischen Entwurf eines Strafprozeßgesetzbuches von 1870, Art. 90, 91 und 95.
3. Sachsen. Revidierte StPO von 1868, Art. 65, 66 und 70.
4. Württemberg. StPO von 1868, Art. 56—58.
5. Baden. StPO von 1864, §§ 24—27, 30 und 31.
6. Hessen. StPO von 1865, Art. 69, 72 und 81.
7. Thüringische Staaten (Sachsen-Weimar, Sachsen-Meiningen, Sachsen-Coburg-Gotha, Anhalt, Schwarzburg-Rudolfstadt, Schwarzburg-Sondershausen, Reuß ä. L., Reuß j. L., Sachsen-Altenburg). StPO von 1850, in den genannten Staaten zu verschiedener Zeit eingeführt, Art. 65, 66 und 68.
8. Braunschweig. StPO von 1849 und Revidierte StPO von 1858, § 16.
9. Oldenburg. StPO von 1857, Art. 45.
10. Hamburg. GVG von 1869, § 3.
11. Bremen. Revidierte StPO von 1870, §§ 73, 74.
12. Lübeck. GVG von 1860, §§ 31, 32 u. StPO von 1862, §5.[1])

Der modifizierte, gemeinrechtliche Inquisitionsprozeß galt allgemein noch in Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz, Schaumburg-Lippe und Lippe-Detmold sowie in Bezug auf die Ablehnung auch in Braunschweig.

Es würde über den Rahmen der vorliegenden Untersuchung hinausgehen, wenn auf jede Einzelheit der untereinander oft stark abweichenden Rekusationsbestimmungen in den verschiedenen Landesgesetzen näher eingegangen werden sollte. Einige allgemeine Bemerkungen sowie die Aufzeigung der grundsätzlichen Verschiedenheiten mögen daher genügen.

Im Ganzen haben die neueren Deutschen Landesgesetze bei der Regelung der Rekusation die Prinzipien des gemeinen Rechtes festgehalten und fortgeführt. Ihre einschlägigen Bestimmungen stellen sich meist nur als eine Präzisierung der bisher geltenden Rechtssätze dar, wobei

1) Wegen des Wortlautes der in diesem Katalog aufgeführten Bestimmungen vergleiche Motive bei Hahn, I S. 82—89, wegen der Geltung ausländischen Rechtes in einzelnen Landesteilen, die Einleitung zu den Motiven bei Hahn I, S. 68—70.

sich jedoch die Beobachtung machen läßt, daß die Zulässigkeit der Ablehnung gegenüber dem früheren Recht eingeschränkt wird. Die Ursache dieser Einschränkung mag, wie schon erwähnt, in der fortschreitenden Verdrängung der Volksrichter durch Berufsrichter zu suchen sein.

Der Großteil der angeführten Landesgesetze unterscheidet nach Unfähigkeit und Rekusabilität.[2]) Für die Ablehnungsgründe gibt man meist [3]) eine beispielsweise [4]) oder erschöpfende [5]) Aufzählung.[6])

Ein freies, also ohne Angabe und Glaubhaftmachung von Gründen zulässiges Ablehnungsrecht ist nirgends mehr normiert.[7]) Auch der Perhorrescenzeid ist grundsätzlich unzulässig, was für Preußen [8]) und Thüringen [9]) ausdrücklich festgestellt wird. Einzig Sachsen [10]) kennt noch die Auferlegung eines „Bestärkungseides", der zur Bescheinigung des geltend gemachten Ablehnungsgrundes dienen soll.

Für die Unfähigkeit oder Ablehnbarkeit von Beamten der Staatsanwaltschaft bestanden keine Vorschriften. Nur kurz vor Inkrafttreten der RStPO gaben ein Oldenburgisches Gesetz vom 10. April 1879 in Art. 38 und eine lübische Verordnung vom 3. Februar 1879 in § 37 [11]) Bestimmungen hiefür, ohne daß aber ein Verstoß gegen sie prozessuale Wirkungen gehabt hätte.

---

2) Ausnahme Hamburg und scheinbar auch Braunschweig.
3) Ausnahme z. B. in Sachsen, Art. 70, II.
4) z. B. Hessen, Art. 72; Baden, §§ 25—27.
5) Oldenburg, Art. 45 §§ 2, 3.
6) Demnach irrt Schwarze, wenn er in Anm. 1 zu § 22 behauptet, daß auch die übrigen, — für das Jahr 1878 — neuen Gesetzgebungen keine speziellen Ablehnungsgründe angegeben hätten.
7) Eine Ausnahme bildete noch Art. 42 der Württemberg. StPO von 1843, der die peremptorische Verwerfung zweier Beisitzer des Bezirksgerichts durch den Angeschuldigten zu Beginn der Untersuchung gestattete.
Auch der Badische Entwurf von 1835 hatte ein beschränktes, freies Ablehnungsrecht vorgesehen, das aber in den Entwurf von 1845 nicht aufgenommen wurde. Der von der 2. Kammer dann doch eingeschaltete, ein peremptorisches Rekusationsrecht vorsehende § 35 a wurde indessen wegen des Widerspruches der 1. Kammer nicht Gesetz. Vergl. dazu Mittermaier, Strafverf. S. 177, Fußn. 10; Archiv, S. 2.
8) Allg. Gerichtsordnung, Teil I, Titel 2, § 143 VI.
9) Art. 68, II 1.
10) Art. 70, II.
11) zitiert bei Kries, S. 196.

Zweiter Teil

DIE ABLEHNUNG VON GERICHTSPERSONEN IM GELTENDEN RECHT.

1. Entstehungsgeschichte und heutige Fassung der §§ 24 ff. RStPO.

Bei der Abfassung der StPO wurde, — im Gegensatz zu der des StGB, — ganz allgemein der Grundsatz verfolgt, daß man den Entwurf nicht eng an eines der schon vorhandenen Gesetze anlehnen, sondern mit ihm ein neues, von den bestehenden Strafprozeßordnungen in seinem System wie in seinen Einzelnormen unabhängiges Werk schaffen wollte. Dabei sollten aber keineswegs die Grundlagen verlassen werden, auf denen die Deutschen Strafprozeßgebungen der letzten Jahrzehnte beruhten. Es sollte vielmehr überall das Gute, wie es sich in anderen Gesetzen vorfand, aufgenommen und mitverwertet werden.[1])

Dieser Grundsatz wurde auch bei der Regelung der Rekusation nicht außerachtgelassen. Ohne daß die einschlägigen Bestimmungen irgend eines schon bestehenden Gesetzes zum unmittelbaren Vorbild gedient hätten, wurden doch die Grundsätze des reformierten Deutschen Strafprozesses übernommen. Man brachte hier keine prinzipiellen Neuerungen, sondern begnügte sich mit einer Fortbildung des bisher geltenden Rechtes. Dabei ist im Zuge der schon eingeschlagenen Entwicklung eine weitere Verringerung der Rekusationsmöglichkeiten zu beobachten.[2])

Sowohl der erste, im Preußischen Justizministerium durchberatene Entwurf Friedbergs wie der zweite, der sogenannte revidierte Entwurf der Bundesratskommission wie schließlich der dritte Entwurf des Bundesrates selbst

1) Vergl. Motive bei Hahn, I S. 71 ff.
2) Man vergl. z. B. die Regelung in Ziff. 5 des § 22 RStPO mit der weitergehenden Normierung in Art. 66 I Sächs. StPO von 1868 oder in Art. 56 Ziff. 4 Württemberg. StPO von 1868.

regeln in den §§ 18—26 die Ablehnung von Gerichtspersonen mit Ausnahme der Geschworenen. Bei der Abfassung dieser Bestimmungen wurde, soweit es die Verschiedenheiten von Zivil- und Strafverfahren zulassen, möglichste Angleichung an die einschlägigen Bestimmungen der ZPO angestrebt, z. T. sogar wörtliche Uebereinstimmung erreicht. Die drei Entwürfe enthalten untereinander eine Reihe von Abweichungen, die teilweise nur redaktioneller Art waren, teilweise durch die Neugestaltung gewisser anderer strafprozessualer Institute bedingt wurden.[3])

In der 1. Lesung durch die Reichstagskommission wurden, abgesehen von der stilistischen Umstellung des jetzigen § 28 I, keine Aenderungen gegenüber dem III. Entwurf vorgenommen. Abgelehnt wurde ein Antrag Wolffson, der für den heutigen § 25 folgenden Zusatz vorsah: „Stellt sich der Grund für die Besorgnis der Befangenheit erst während der Verhandlung heraus, so ist die Ablehnung bis zum Schlusse der Beweisaufnahme zulässig." Ein Antrag Schwarze auf Streichung des II. Absatzes von § 28 mußte infolge der ablehnenden Haltung der übrigen Kommissionsmitglieder zurückgezogen werden.[4])

In der 2. Lesung wurde in § 24 III 1 statt der Wendung „dem im Verfahren als Kläger auftretenden Verletzten", wie sie die Vorlage gebraucht hatte, der Ausdruck „dem Privatkläger" eingefügt.[5]) Weiterhin wurde der § 25 neu gefaßt[6]) und dem § 26, — analog § 44 II 2 und III ZPO, — der 2. Satz zu Absatz II sowie der III. Absatz angeschlossen.[7]) § 30 erfuhr durch Angleichung an § 48 I ZPO eine redaktionelle Änderung[8]) und in § 31 II 2 wurden zwischen „entscheidet" und „der Richter" noch die Worte „das Gericht oder" eingeschoben.

Im Reichstag stießen die Bestimmungen der §§ 24 bis 32 StPO auf keinerlei Widerstand. Sie wurden, nachdem in der 1. Lesung die Entwürfe der Justizkommission

3) Eine genaue Aufzählung dieser einzelnen Verschiedenheiten der Entwürfe gibt John in seinen Vorbemerkungen zu den §§ 24—32.
4) Hahn, I S. 562.
5) Der Antrag zu dieser Aenderung scheint von der Redaktionskommission ausgegangen zu sein. Vergl. Hahn, II S. 1206. Einen Vermerk über die Annahme dieses Antrages konnte ich, ebenso wie John S. 333, in den Protokollen nicht finden.
6) Hahn, II S. 1205, I S. 846 ff.
7) Hahn, II S. 1481; vergl. auch II S. 1206.
8) Hahn, II S. 1206.

überwiesen worden waren, in der 2. und 3. Lesung ohne Debatte angenommen.[9])

Nicht so reibungslos erlangten dagegen die — wegen StPO 24 I — auch für die Ablehnung bedeutsamen Normen über die Ausschließung Gesetzeskraft. Besonders der heute weggefallene III. Absatz von § 23 war der Gegenstand zahlreicher Angriffe und Verbesserungsvorschläge. Obwohl der Bundesrat den § 23 III in seiner vom Reichstag in 2. Lesung beschlossenen Form für unannehmbar erklärt hatte,[10]) ist der damalige § 17 und heutige § 23 dann doch ohne Aenderung in dieser Gestalt Gesetz geworden.[11])

Vom Inkrafttreten der StPO am 1. Oktober 1879 bis zum Beginn des Jahres 1924 erfuhren die Bestimmungen des III. Abschnittes, 2. Buch keine Abänderungen. Erst mit der VO über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Jan. 1924 (RGBl I S. 15 ff.), die den Deutschen Strafprozeß von Grund aus umgestaltete, wurden auch die Bestimmungen über die Ablehnung von Gerichtspersonen teilweise geändert.[12]) Die für die Ablehnung von Geschworenen geltenden Sondervorschriften, die u. A. auch ein beschränktes peremptorisches Rekusationsrecht vorgesehen hatten, — StPO 282 ff. (alt), — kamen in Wegfall. Jetzt finden nicht nur die Bestimmungen über Ausschließung, sondern auch die über Ablehnung von Gerichtspersonen auf Geschworene entsprechende Anwendung. Die Umgestaltungen, welche die StPO mit ihrer Neuformulierung durch die VO vom 22. März 1924 erfuhr, waren kurz folgende: In § 22 Ziff. 3 und § 23 Abs. II wurden stilistische Verbesserungen vorgenommen. Hinter dem 1. Halbsatz von § 27 I wurde der heutige II. Absatz neu eingeschoben und aus dem 2. Halbsatz des früheren § 27 I der jetzige Absatz IV gebildet. Weiterhin wurde in § 31 durch einen neuen Absatz II die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Ausschließung oder Ablehnung eines Schöffen neu geregelt und § 32 den durch die Januarverordnung neu geschaffenen Verhältnissen angepaßt.[13])

---

9) Vergl. Drucksachen des Reichstages 1876 II 4, I. Bd. S. 417 und S. 2037.
10) Vergl. Schreiben des Reichskanzlers vom 12. Dez. 1870 bei Hahn, II S. 1993.
11) Hahn, II S. 1712—1717 i. V. m. S. 1662 u. S. 2037. Vergl. auch John, S. 333.
12) Vergl. besonders § 21 dieser VO (RGBl 1924 I S. 18).
13) Vergl. Feisenberger, StPO und GVG in alter und neuer Fassung synoptisch gegenüberstellt. — De Gruyter. Berlin u. Leipzig. 1924.

Geringfügige Änderungen brachte das RGes. vom 9. Juli 1927 (RGBl 1927 I S. 175) und die VO vom 30. Nov. 1927 (RGBl 1927 I S. 334), die in ihrem Art. 2 II bezw. 4 Ziff. 1 in § 31 StPO die Ausdrücke „Gerichtsschreiber" durch die Wendung „Urkundsbeamter der Geschäftsstelle" ersetzten.

Die heutige Fassung der einschlägigen Bestimmungen ist mithin folgende:

[Dritter Abschnitt: Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen.

§ 22. Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen:

1. wenn er selbst durch die strafbare Handlung verletzt ist;
2. wenn er Ehegatte oder Vormund der beschuldigten oder der verletzten Person ist oder gewesen ist;
3. wenn er mit dem Beschuldigten oder mit dem Verletzten in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Annahme an Kindes Statt verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt oder bis zum zweiten Grad verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;
4. wenn er in der Sache als Beamter der Staatsanwaltschaft, als Polizeibeamter, als Anwalt des Verletzten oder als Verteidiger tätig gewesen ist;
5. wenn er in der Sache als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist.

§ 23. Ein Richter, welcher bei einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, ist von der Mitwirkung bei der Entscheidung in höherer Instanz kraft Gesetzes ausgeschlossen.

Der Untersuchungsrichter darf in den Sachen, in welchen er die Voruntersuchung geführt hat, nicht Mitglied des erkennenden Gerichtes sein, auch nicht bei einer außerhalb der Hauptverhandlung erfolgenden Entscheidung der Strafkammer mitwirken.]

§ 24. Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in denen er von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, welcher

geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

Das Ablehnungsrecht steht der Staatsanwaltschaft, dem Privatkläger und dem Beschuldigten zu. Den zur Ablehnung Berechtigten sind auf Verlangen die zur Mitwirkung bei der Entscheidung berufenen Gerichtspersonen namhaft zu machen.

§ 25. Die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit ist in der Hauptverhandlung erster Instanz nur bis zur Verlesung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens, in der Hauptverhandlung über die Berufung und die Revision nur bis zum Beginne der Berichterstattung zulässig.

§ 26. Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gerichte, welchem der Richter angehört, anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugnis des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.

Der abgelehnte Richter hat sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern.

§ 27. Ueber das Ablehnungsgesuch entscheidet das Gericht, welchem der Abgelehnte angehört.

Wird ein richterliches Mitglied der erkennenden Strafkammer abgelehnt, so entscheidet die Strafkammer in der für Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung vorgeschriebenen Besetzung. Wird ein richterliches Mitglied des Schwurgerichtes abgelehnt, so entscheiden während der Tagung die richterlichen Mitglieder des Schwurgerichtes; außerhalb der Tagung entscheidet die Strafkammer.

Wird ein Untersuchungsrichter oder ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet das Landgericht. Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn der Abgelehnte das Ablehnungsgesuch für begründet hält.

Wird das zur Entscheidung berufene Gericht durch Ausscheiden des abgelehnten Mitglieds beschlußunfähig, so entscheidet das zunächst obere Gericht.

§ 28. Gegen den Beschluß, durch welchen das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel, gegen den Beschluß, durch welchen

das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

Der Beschluß, durch welchen ein gegen einen erkennenden Richter angebrachtes Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt wird, kann nicht für sich allein, sondern nur mit dem Urteil angefochten werden.

§ 29. Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuches nur solche Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub gestatten.

§ 30. Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnis Anzeige macht, welche seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderer Veranlassung Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.

§ 31. Die Bestimmungen dieses Abschnitts finden auf Schöffen sowie auf Urkundsbeamte der Geschäftsstelle und andere als Protokollführer zugezogene Personen entsprechende Anwendung.

Ueber die Ausschließung oder Ablehnung eines Schöffen entscheidet der Vorsitzende; in der großen Strafkammer entscheiden die richterlichen Mitglieder.

Ueber die Ausschließung oder Ablehnung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder einer anderen als Protokollführer zugezogenen Person entscheidet das Gericht oder der Richter, welchem sie beigegeben sind.

§ 32. Die Bestimmungen über die Ausschließung und Ablehnung der Schöffen finden auf Geschworene entsprechende Anwendung. Die Entscheidung treffen die richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts.

2. Der Kreis der Gerichtspersonen.

Der dritte Abschnitt der StPO versteht unter dem Begriff „Gerichtspersonen" die Richter, Schöffen, Urkundsbeamten und Geschworenen. Dies ergibt sich aus den §§ 22 ff. in Verbindung mit § 31 I und 32.

Wenn die StPO den Ausdruck „Richter" gebraucht, so versteht sie darunter regelmäßig den Berufsrichter,

d. h. rechtsgelehrten und beamteten Richter.[1]) Vergl. GVG 11. Dieser Berufsrichter muß also, bevor über seine relative Unfähigkeit im Verhältnis zur einzelnen Strafsache entschieden werden kann, naturgemäß erst die allgemeinen Voraussetzungen für die Ausübung des Richteramtes erfüllen. Er darf nicht absolut unfähig sein. Der Richter, — der auch weiblichen Geschlechts sein kann,[2]) — muß deshalb zunächst Deutscher Staatsangehöriger, voll geschäftsfähig,[3]) sowie im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte sein.[4]) Er muß im Verlauf eines bestimmten Studien- und Ausbildungsganges regelmäßig zwei Prüfungen abgelegt haben oder ordentlicher öffentlicher Lehrer des Rechts an einer Deutschen Universität sein. GVG 2, 4.[5]) Dazu muß weiterhin die Berufung zur Ausübung des Richteramtes treten. Sie erfolgt durch die „Ernennung auf Lebenszeit“ [6]) oder die Beauftragung mit der zeitweiligen Wahrnehmung richterlicher Geschäfte. GVG 6, 10. Schließlich gehört noch zur allgemeinen Fähigkeit des Richters, daß er gewissen Sonderbestimmungen entspricht. So muß er als Mitglied der RG mindestens 35 Jahre alt sein. GVG 125 II. Um Hilfsrichter an einem OLG zu werden, bedarf es seiner ständigen Anstellung. GVG 118. Am RG darf er als Hilfsrichter überhaupt nicht zugezogen werden. GVG 132. (Um der Ueberlastung des RG zu steuern, ist indessen diese Bestimmung durch das RGes. über die Zuziehung von Hilfsrichtern zum RG vom 1. März 1930 für die Zeit bis längstens 1. April 1933 außer Kraft gesetzt. RGBl I S. 31.) Dagegen ist die Ableistung des Eides auf die Verfassung keine Voraussetzung zur rechtswirksamen Ausübung des Richteramtes.[7])

---

1) Die Begriffe rechtsgelehrter und beamteter Richter decken sich nicht immer, da ein Rechtsgelehrter sehr wohl auch als Laienrichter fungieren kann. Siehe Binding, S. 84.
2) Ges. über die Zulassung der Frauen zu den Aemtern und Berufen der Rechtspflege vom 11. Juli 1922 (RGBl I S. 573).
3) bestritten; vergl. RG I 2. Dez. 1927 (DJZ 1928/522.)
4) StGB §§ 33, 34 Ziff. 3, 31. Vergl. ferner Ges. zum Schutze der Republik vom 25. März 1930 (RGBl I S. 91 ff.) § 6.
5) Von diesem Prinzip sind indes Ausnahmen möglich. GVG 10. So kann nach § 2 des Preuß. AGGVG vom 24. April 1878 ein Referendar mit wenigstens zweijähriger Vorbereitungszeit mit der Wahrnehmung richterlicher Geschäfte bei einem AG betraut werden.
6) — paradox wegen der in RV 104 I 3 und GVG 8 I 2 zugelassenen Einführung von Altersgrenzen! —
7) RG IV 29. Juni 1920 (E 55/56). A. A. Binding, S. 87; Kries, S. 119.

Das Fehlen einer dieser Voraussetzungen der Allgemeinfähigkeit macht den Richter zum judex incapax. In einem solchen Fall bedarf es keiner Prüfung, ob der Betreffende auch relativ untauglich, also judex inhabilis bezw. suspectus ist. Naturgemäß kann aber in einem Ablehnungsgesuch, das doch auch auf einen vorhandenen Ausschließungsgrund hinweisen darf, erst recht auch auf das Bestehen einer absoluten Untauglichkeit hingewiesen werden.[8])

Entsprechendes gilt für die Schöffen, für die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle sowie für andere als Protokollführer zugezogene Personen. Auch sie müssen erst den allgemeinen Erfordernissen ihres Amtes entsprechen, bevor man sich auf die Frage ihrer Unfähigkeit oder Ablehnbarkeit im Einzelfall einzulassen braucht. Wegen der absoluten Tauglichkeitsgründe zum Schöffenamt vergl. GVG 31, 32, wegen der Zuziehung von Frauen zum Schöffendienst das RGes. vom 25. April 1922 (RGBl I S. 465). Die Mitwirkung eines absolut untauglichen Schöffen begründet ebenso wie die eines allgemein unfähigen Berufsrichters die Nichtigkeit des Verfahrens und gibt einen absoluten Revisionsgrund, da das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war. StPO 338 Ziff. 1.[9]) Wenn das Vorliegen eines Grundes absoluter Untauglichkeit eines Schöffen von Amtswegen nicht berücksichtigt wird, können die Prozeßbeteiligten im Ablehnungswege darauf hinweisen.

Wegen der Stellung der Urkundsbeamten der Geschäftsstelle sowie sonstiger als Protokollführer zugezogener Personen vergl. StPO 168, 187, 188, 226, 271, 275 IV, 454 II und IV, 464 II; GVG 153, 45 III, 51 VI. Die von einem ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Urkundsbeamten aufgenommenen Niederschriften entbehren der Beweiskraft des § 274 StPO.[10]) Einen Revisionsgrund gibt dieses Fehlen der Beweiskraft jedoch nur dann, wenn das angefochtene Urteil auf dem fehlerhaften Protokoll „beruht". StPO 337.[11]) Das wird aber regelmäßig nicht der Fall sein, da das Urteil nicht auf

8) A. A. Birkmeyer, S. 253 III 1. Siehe auch Glaser, II S. 107 Fußnote 2, und 108.
9) Vergl. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 5. Aufl., III S. 466; ferner Motive zum GVG, S. 44. — Eine breite Abhandlung über den Begriff des vorschriftsmäßig besetzten Gerichts findet sich bei John, S. 286—300.
10) RG IV 6. Juni 1893 (JW 22/419).
11) RG III 12. Nov. 1885 (E 13/75; Rspr. 7/660).

der Sitzungsniederschrift, sondern auf den gesamten Inhalt der Hauptverhandlung basiert. StPO 264 I.

Aus der grundsätzlichen Verschiedenheit des Berufsrichteramtes von dem Amt der Schöffen und besonders dem der Gerichtsschreiber ergibt sich die Unmöglichkeit einer starren Anwendung der für die Ablehnung der ersten Kategorie geltenden Vorschriften auf die Angehörigen der zweiten und dritten Gruppe. Der § 31 bestimmt denn auch in seinem I. Absatz, daß die Vorschriften des 3. Abschnitts auf Schöffen und Urkundsbeamte nur „entsprechende" Anwendung finden. Die Schöffen und Gerichtsschreiber unterliegen also den §§ 22—30 nur insoweit, als ihr Amtsverhältnis mit diesen Vorschriften vereinbar ist. Die einzelnen Abweichungen der Ablehnung von Schöffen und Urkundsbeamten werden bei der Besprechung der verschiedenen Sonderbestimmungen jeweils miterörtert werden. Wo kein besonderer Hinweis erfolgt, gilt das wegen der Richter Gesagte in analoger Anwendung auch für die Schöffen und Urkundsbeamten.

Seit der Umwandlung der Schwurgerichte in große Schöffengerichte unterscheiden sich die Geschworenen von den Schöffen nur noch durch den Namen. In tatsächlicher Beziehung sind sie ihnen völlig gleichgestellt. Deshalb finden heute gemäß § 32 1. Satz die für die Ausschließung und Ablehnung von Schöffen geltenden Vorschriften auch auf die Geschworenen entsprechende Anwendung. Es kann darum auf das oben für die Schöffen Gesagte verwiesen werden.

Mit der Betrachtung der Richter, Schöffen, Urkundsbeamten und Geschworenen ist der Kreis der Gerichtspersonen im Sinne der StPO geschlossen. Der Vollständigkeit halber sei aber noch die Frage nach der Ablehnbarkeit der Staatsanwälte, Gerichtsvollzieher, Sachverständigen und Dolmetscher kurz gestreift.

Für die Ablehnung der Beamten der Staatsanwaltschaft bestehen keine besonderen Vorschriften. Vergl. GVG 141—152. Aber auch die Bestimmungen des 3. Abschnitts können auf diese Personengruppe keine analoge Anwendung finden.[12]) Die Motive enthalten zu der Frage folgende Bemerkung:[13]) „Es erschien überflüssig,

12) RG I 18. Okt. 1917; IV 23. Okt. 1917 (LZ. 12/285 und 12/454). A. A. Voitus, Komm. Anm. 2 zu GVG 153 (alt) und Anm. 6 II zu StPO 24, der die Ziff. 1—3 und 5 auf die Beamten der Staatsanwaltschaft angewendet sehen will und insoweit auch ein Ablehnungsrecht gibt.

13) Hahn, I S. 93.

besondere Vorschriften hinsichtlich der Beamten der Staatsanwaltschaft zu geben. Zwar ist die letztere keineswegs bloß Partei, sie hat vielmehr eine Reihe von Amtsverrichtungen wahrzunehmen, welche zweifellos keine Parteihandlungen darstellen. Allein die Organisation der Staatsanwaltschaft gestattet, daß in den Fällen, wo die Ersetzung eines staatsanwaltschaftlichen Beamten durch einen anderen geboten oder wünschenswert erscheint, dieselbe auf Antrag der Beschuldigten oder jenes Beamten selbst oder auch von Amtswegen durch die vorgesetzte Behörde bewirkt werden kann, ohne daß es eines förmlichen Verfahrens hierbei bedarf." Diese Auffassung erscheint nicht unbedenklich. Gerade bei Berücksichtigung der Tatsache, daß die Staatsanwaltschaft nicht nur Partei ist, — man denke nur an StPO 296 II, — ist es für den Beschuldigten nicht gleichgültig, ob er bei der Verbescheidung seines Ersetzungsgesuches nur von dem guten Willen der übergeordneten Behörde des betr. Staatsanwaltes abhängig ist oder ob über sein Ablehnungsgesuch in einem förmlichen Verfahren vor Gericht entschieden wird. Andererseits ist aber auch zuzugeben, daß die Einräumung eines Ablehnungsrechts gegenüber den Vertretern der Anklage gerade bei Staatsanwälten, die als besonders energisch bekannt sind, zu einem Mißbrauch dieser Einrichtung führen kann.

Auch für die Ablehnbarkeit von Gerichtsvollziehern bestehen keine gesetzlichen Vorschriften. Der § 155 GVG schließt zwar in Ziff. II den Gerichtsvollzieher in einer Reihe von Fällen kraft Gesetzes von der Ausübung seines Amtes aus.[14]) Eine Ablehnung kann nun zwar auf das Bestehen eines gesetzlichen Ausschließungsgrundes gestützt werden. StPO 24 I. Im Gegensatz zu den Schöffen, Urkundsbeamten und Geschworenen, für deren Ablehnung der § 24 entsprechend anwendbar ist, fehlt es aber bei den Gerichtsvollziehern an einer analogen Vorschrift. Bei der im Vergleich zu der genannten Personengruppe nur geringen strafprozessualen Bedeutung der Gerichtsvollzieher[15]) erscheint die bestehende Regelung in GVG 155 Ziff. II genügend. Für eine analoge Anwendung der §§ 31, 32 i. V. m. 24 StPO mit dem Ziel der Ablehnbarkeit von Gerichtsvollziehern besteht kein Bedürfnis. Jedoch ist es jederzeit möglich, daß die Prozeßbeteiligten

14) Die Ausschließungsgründe für den Gerichtsvollzieher entsprechen den Ziffern 1 mit 3 des § 22 StPO. Nur fehlt in GVG 155 Ziff. II 2 die Wendung „oder Vormund" des § 22 Ziff. 2 StPO.
15) StPO 38, 37; (GVG 151, 161).

formlos auf das Bestehen eines Ausschließungsgrundes aufmerksam machen, falls dies von der vorgesetzten Behörde des Gerichtsvollziehers übersehen worden sein sollte.

Schließlich sei noch auf die Möglichkeit der Ablehnung von Sachverständigen und Dolmetschern hingewiesen. StPO 74; GVG 191. Da es sich aber bei ihnen nicht um Gerichtspersonen, sondern höchstens um Gehilfen des Richters handelt,[16]) bestimmt sich das Verfahren bei ihrer Ablehnung nicht nach den für die Rekusation von Richtern geltenden Vorschriften, sondern nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen.[17]) Die Richtigkeit dieser Annahme beweist schon die Bestimmung von StPO 83 II, wonach ein Sachverständiger noch nach Erstattung seines Gutachtens mit Erfolg abgelehnt werden kann.[18])

Eine gesetzliche Ausschließung von Sachverständigen, — abgesehen von dem Fall des § 87 I 2 StPO, —und Dolmetschern gibt es nicht. Dagegen kann ein Ablehnungsgesuch auf die Existenz eines Unfähigkeitsgrundes nach § 22 Ziff. 1—4 gestützt werden. Stellt sich dann eine solche Behauptung als richtig heraus, so muß dem Gesuch entsprochen werden, während sonst das richterliche Ermessen entscheidet.

Ein mit Erfolg abgelehnter Gerichtsschreiber kann auch nicht mehr als Dolmetscher fungieren, da die Ablehnung des § 31 i. V. m. 24 StPO auch die evtl. Nebenfunktion des § 190 GVG ausschließt.[19])

3. Der Kreis der Ablehnungsberechtigten.

Gemäß § 24 III 1 StPO steht das Ablehnungsrecht der Staatsanwaltschaft, dem Privatkläger und dem Beschuldigten zu. Diese Aufzählung ist indessen nicht erschöpfend.

Auch der Nebenkläger ist nach erfolgtem Anschluß, d. h. nachdem das Gericht seine Anschließung zugelassen hat, zur Ablehnung berechtigt. Das ergibt sich aus StPO 397 und findet auch eine Stütze in der früheren Ausnahmevorschrift des II. Absatzes daselbst, die den Neben-

16) — was übrigens zum mindesten bezgl. des Verkehrsdolmetschers recht zweifelhaft erscheinen muß; vergl. Beling, S. 147 Fußn. 1; —
17) RG IV 24. Juni 1913 (E 47/240).
18) Vergl. OLG Dresden 28. Juni 1900 (Alsberg, I S. 77).
19) Vergl. Stenglein, Anm. zu § 193 GVG.

kläger von den Erklärungen über Annahme oder Ablehnung der Geschworenen ausschloß.[1])

Ein weiterer Fall der Ablehnungsberechtigung ist in der Regelung des Verfahrens bei Gefällsdelikten enthalten. Wenn nämlich die Verwaltungsbehörde keinen Strafbescheid erlassen hat und ihr Antrag auf Verfolgung von der Staatsanwaltschaft abgelehnt ist, so kann sie selbst Anklage erheben und einen Vertreter bestellen. Dieser ist dann auch zur Ablehnung berechtigt. StPO 424, 426.

Dagegen ist der Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren des § 172 nicht als ablehnungsberechtigt anzusehen.[2]) Gleiches gilt vom Einziehungsbetroffenen im objektiven Verfahren.[3]) Auch der Gatte einer angeklagten Ehefrau, dessen Zulassung als Verteidiger nach StPO 138 II abgelehnt worden war, hat weder in seiner Eigenschaft als Ehemann noch als durch schriftliche Vollmacht ausgewiesener Vertreter der Angeklagten ein Ablehnungsrecht. Das ergibt sich aus dem Wortlaut von § 24 III und aus dem Grundsatz der Strafprozeßordnung, eine Vertretung des Beschuldigten bei der Ausübung seiner prozessualen Befugnisse durch einen Anderen als den Verteidiger nicht zuzulassen.[4])

Das Recht zur Ablehnung der Gerichtspersonen steht allen Berechtigten gleichmäßig zu.[5]) Sie können es unabhängig von einander ausüben. Dabei ist es gleichgültig, in welcher Richtung das die Ablehnbarkeit begründende Verhältnis besteht. Es kann deshalb z. B. auch der Beschuldigte einen Richter ablehnen, weil er selbst mit ihm verwandt ist.[6])

Trotz der grundsätzlichen Gleichstellung der Ablehnungsberechtigten ist die tatsächliche Gelegenheit, rechtzeitig zu erfahren, daß und von wem eine richterliche Handlung vorgenommen werde, für den Beschuldigten und Privatkläger geringer als für den Staatsanwalt. Die Möglichkeit zu rechtzeitiger Erkundigung gibt aber immerhin § 24 III 2, der bestimmt, daß den Ablehnungsbe-

1) Der Hinweis auf diese, heute nicht mehr geltende Ausnahmevorschrift ist in den neueren Auflagen von Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 4 zu § 24 versehentlich stehen geblieben.
2) Gl. M. Glaser, II S. 123; RG V 23. Okt. 1918 (E 52/291). A. A. John, S. 337; Stenglein, Anm. 4 zu § 24.
3) A. A. Gerland, S. 57 3 b; Rosenfeld, S. 125.
4) OLG Rostock 5. Nov. 1902 (Alsberg, I S. 60). Vergl. auch RG II 16. Okt. 1883 (E 9/78 ff.).
5) Abweichend von der herrsch. Mein. John, S. 337.
6) Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 5 zu § 24.

rechtigten die zur Mitwirkung bei der Entscheidung berufenen Gerichtspersonen namhaft zu machen sind. Dabei ist unter dem zu eng gefaßten Ausdruck „Entscheidung" jede Amtshandlung zu verstehen, da für die Ausübung des Rekusationsrechts kein Unterschied zwischen Entscheidungen und anderen Arten amtlicher Tätigkeit besteht.[7])

Aus den Bestimmungen des § 24 III 2 ergibt sich, daß die verlangte Namhaftmachung unverzüglich zu geschehen hat und daß ein etwa nachher noch eingetretener Wechsel der Gerichtspersonen ohne ausdrückliches Verlangen den Berechtigten von Amtswegen mitzuteilen ist.[8]) Die Nichtbeachtung der Vorschrift von § 24 III bedingt keine Aufhebung des Urteils, da dasselbe nicht auf dieser Gesetzesverletzung beruht. Der Angeklagte hätte ja nach StPO 304, 305 Beschwerde erheben oder bei Beginn der Hauptverhandlung sein Gesuch wiederholen und Aussetzung des Termins verlangen können. Die Unterlassung dieser Rechtsbehelfe fällt ihm darum selbst zur Last.[9])

4. Die Voraussetzungen der Ablehnbarkeit.

A. Die Ausschließungsgründe.

Der § 24 StPO bestimmt in seinem I. Absatz, daß ein Richter zunächst in den Fällen, in welchen er von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, abgelehnt werden kann. Darin scheint insofern ein Widerspruch zu liegen, als ein kraft Gesetzes unfähiger Richter doch überhaupt nicht mehr der Ablehnung durch die Parteien unterworfen zu werden braucht, da das Bestehen eines gesetzlichen Ausschließungsgrundes von Amtswegen zu berücksichtigen ist und die Prozeßhandlungen des judex inhabilis nichtig sind. Wenn die angeführte Bestimmung deshalb überhaupt einen Sinn haben soll, so muß sie dahingehend aufgefaßt werden, daß die Berechtigten ihr Ablehnungsgesuch auch mit dem Bestehen eines — fehlerhafterweise noch nicht berücksichtigten — Ausschließungsgrundes motivieren können

7) Abweichend von der herrsch. Lehre Voitus, Komm. Anm. 5 zu § 24 und John, S. 338.
8) Glaser, II S. 123; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 6b zu § 24; Schwarze, Anm. 5 zu § 24.
9) Vergl. RG IV 18. Sept. 1896 (E 29/62).

und daß dann über diese Behauptung im eigentlichen Ablehnungsverfahren entschieden wird.[1])

Die einzelnen Ausschließungsgründe sind in den §§ 22 und 23 aufgeführt. Sie beruhen z. T. auf der Erwägung, daß der Richter zu der betr. Strafsache oder gewissen daran beteiligten Personen nicht in näherer Beziehung stehen darf (§ 22 Ziff. 1—3), z. T. auf der Unvereinbarkeit bestimmter Prozeßstellungen mit dem Richteramt schlechthin (§ 22 Ziff. 4 und 5), z. T. schließlich auf der Unvereinbarkeit gewisser richterlicher Geschäfte, wonach ein Richter, der in einem früheren Prozeßstadium tätig war, an späteren Akten nicht mehr teilnehmen darf, in denen die Ergebnisse jenes früheren Prozeßabschnittes einer Nachprüfung unterzogen werden sollen (§ 23).[2])

Im Folgenden soll nun auf die Grundzüge der einzelnen Ausschließungsgründe näher eingegangen werden.

a) Die Ausschließung nach StPO 22 Ziff. 1—3.

§ 22 benennt in Ziffer 1 als nächstliegenden Grund relativer Unfähigkeit den Umstand, daß der Richter durch die strafbare Handlung selbst verletzt ist. Nach der richtigen, allerdings sehr bestrittenen Ansicht, ist der Verletztenbegriff des § 22 StPO ein anderer als der des StGB § 65.[1]) Verletzung im Sinn der StPO bedeutet jeden unmittelbaren, also mit besonderer Beziehung auf seine Person erfolgten Eingriff in das Recht des Betroffenen.[2]) So gilt z. B. im Strafverfahren wegen Betrugs an einer oHG jeder Gesellschafter als verletzt,[3]) während das Mitglied einer verletzten juristischen Person eben wegen seiner durch die Selbständigkeit dieser Körperschaft bedingten nur mittelbaren Beeinträchtigung nicht selbst als verletzt erscheint.[4]) Ein Richter gilt auch dann als selbst verletzt und darum kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn es sich um die Ahndung einer ihm im Amt oder in Beziehung auf das Amt zugefügten Beleidigung handelt. Die

1) Vergl. Motive bei Hahn, I S. 90. Daß für ein so begründetes Ablehnungsgesuch die Vorschriften von StPO 25 und 26 II 1 nicht gelten, wird später dargelegt werden.
2) Vergl. Glaser, II S. 108, 109.
1) RG II 2. Januar 1900 (E 33/47). So jetzt auch Löwe-Hellweg-Rosenberg im Gegensatz zu früheren Auflagen; vergl. Anm. 5 b zu § 22 und 5 b zu § 172.
2) RG II 24. Okt. 1893 (E 24/343); I 15. März 1894 (E 25/179.)
3) RG II 3. März 1905 (E 37/415).
4) RG IV 16. Dez. 1892 (E 23/361 ff.).

frühere preußische Praxis war hier anderer Meinung, da sie die Auffassung vertrat, daß die Beleidigung im Amt gewissermaßen von der Person des Richters abgleite.[5]) Die Beleidigung des Richters während des Strafverfahrens begründet keine Unfähigkeit oder Ablehnbarkeit für diese Sache. Anderenfalls hätte es ja der Beschuldigte jederzeit in der Hand, durch die Beleidigung eines ihm mißliebigen Richters das Gericht zu sprengen. Das Gericht kann darum eine solche Beleidigung durch die Verhängung einer Ordnungsstrafe wegen Ungebühr gleich selbst ahnden. GVG 178, 180. Die bloße, wenn auch völlig unbegründete Ablehnung von Gerichtspersonen stellt indessen noch keine Ungebühr dar.[6])

Schwierigkeiten können sich ergeben beim Vorliegen von Kollektivbeleidigungen, z. B. bei der Beleidigung eines Gerichts. Hier ist mit Löwe-Hellweg-Rosenberg[7]) zu fragen, wer Strafantrag gestellt hat. Geschah dies durch die Behörde, so sind ihre sämtlichen Mitglieder verletzt. Denn da es eine Beleidigung einer Gerichtsbehörde als öffentlich-rechtliche Institution nicht gibt, wird durch diesen Antrag zum Ausdruck gebracht, daß die Mitglieder des Gerichts unmittelbar betroffen sind. Wurde dagegen die Verfolgung der Sache nur von einzelnen Mitgliedern der Behörde beantragt, so können nur die Richter als verletzt gelten, die persönlich betroffen wurden oder sein sollten.[8]) Einer solchen unmittelbaren Beziehung bedarf es auch bei der Beleidigung sämtlicher Richter eines Bundesstaates, z. B. des preußischen.[9])

Der Richter ist aber nicht nur wegen „eigener Sache" ausgeschlossen, wenn er selbst verletzt ist. Der Prozeß ist für ihn auch propria causa, wenn er zu dem Beschuldigten oder Verletzten in bestimmten Beziehungen steht. Als solche Beziehung werden in den Ziff. 2 und 3 des § 22 aufgeführt: Ehe oder Vormundschaft,[10]) selbst wenn sie nicht mehr bestehen, Annahme an Kindes Statt, Verwandtschaft und Schwägerschaft in gerader Linie, weiter-

---

5) Preuß. StPO von 1867, § 24. Vergl. „Urtel" des Preuß. Obertribunals vom 7. September 1859 (GA 7/690 ff.).
6) OLG Dresden 1. April 1912 (Alsberg, I S. 28 Nr. 33).
7) Anm. 5 b zu § 22.
8) Vergl. auch RG II 24. Okt. 1893 (E 24/343).
9) Siehe z. B. RG I 1. April 1912 (JW 41/942).
10) auch Gegenvormundschaft, vergl. RG IV 7. Okt. 1884 (E 11/223), allerdings mit Bezug auf das frühere preuß. Recht.

hin Verwandtschaft bis [11]) zum dritten Grade, Verschwägerung bis [11])zum zweiten Grade in der Seitenlinie. Dabei bestimmen sich die Begriffe der Verwandtschaft, Schwägerschaft und Annahme an Kindes Statt, ebenso wie die Gradeinteilung nach bürgerlichem Recht. EGBGB Art. 33, (209); BGB 1589 ff., 1699 ff., 1705, 1719, 1736 ff., 1741 ff., 1757, 1762 ff. Hierbei ergibt sich also auch die Konsequenz, daß ein uneheliches Kind nur mit seiner Mutter und mit deren Verwandten, nicht aber mit dem Vater und dessen Angehörigen verwandt sein soll. BGB 1705, 1589 II [12]). Dieses unerfreuliche, der ratio des Gesetzes zuwiderlaufende Ergebnis kann dadurch gemildert werden, daß man in solchen Fällen einen unbedingten Ablehnungsgrund annimmt.

Die Pflegschaft, das Verlöbnis und das Verhältnis von Pflegeeltern und Pflegekindern sind befremdlicherweise nicht als Gründe relativer Unfähigkeit angeführt, obwohl mindestens in den letzten beiden Fällen die Beziehungen gerade so eng zu sein pflegen als etwa bei dem Ausschließungsgrund der Vormundschaft, zumal wenn diese nicht mehr besteht. Auch hier kann man sich indessen durch die Annahme eines Ablehnungsgrundes helfen.

Die Verwandtschaft, Schwägerschaft usw. des Richters mit dem Staatsanwalt, dem Verteidiger, einem Zeugen oder Sachverständigen begründet keine Ausschließung, kann aber, — besonders in den beiden ersten Fällen, — einen Ablehnungsgrund darstellen. Verwandtschaft der Richter untereinander ist überhaupt ohne Bedeutung. Die Bestimmung mancher Landesgesetze, wie z. B. Art. 5 des Bayer. AG., — wonach Beamte des gleichen Gerichts nicht untereinander verwandt sein sollen, — ist nur eine Verwaltungsvorschrift. Ihre Verletzung begründet keinen Mangel des Verfahrens.

b) Die Ausschließung nach StPO 22 Ziff. 4 u. 5.

Der Richter ist weiterhin kraft Gesetzes ausgeschlossen, weil sich die Tatsache der früheren oder gegenwärtigen Bekleidung gewisser Prozeßstellungen nicht mit der Ausübung des Richteramtes in der gleichen Sache verträgt. Die Ziffern 4 und 5 des § 22 nennen als Fälle dieser Art, wenn der Richter „in der Sache als Beamter der Staatsanwaltschaft, als Polizeibeamter, als Anwalt [1])

11) d. h. einschließlich; vergl. Prot. der Justizkommission des Reichstags, Hahn, I S. 562.
12) A. A. Kries, S. 120; Stenglein, Anm. 9 zu § 22.
1) d. h. als Rechtsanwalt, RG IV 12. Juni 1900 (GA 47/377).

des Verletzten oder als Verteidiger tätig gewesen ist" oder „wenn er in der Sache als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist."

Wie schon die Motive [2]) zum Ausdruck gebracht haben, ist unter der Wendung „in der Sache" nur der anhängige Prozeß zu verstehen. Auch das RG versteht unter „der Sache" nur die Strafsache im prozeßrechtlichen Sinn, also das Strafverfahren, das die Verfolgung derselben strafbaren Handlung gegenüber derselben Person zum Gegenstand hat.[3]) Eine die Ausschließung bewirkende Tätigkeit „in der Sache" ist auch gegeben, wenn der Richter in einem Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt als Staatsanwalt tätig gewesen ist.[4]). Diese Auffassung steht mit der oben gegebenen Begriffsbestimmung „der Sache" nicht im Widerspruch, denn die gegen Unbekannt oder einen bekannten Täter gerichtete Tätigkeit hat regelmäßig die Erforschung der ganzen Tat zum Ziel. Sie richtet sich darum mittelbar auch gegen jeden z. Z. der Tätigkeit noch garnicht festgestellten Täter oder Teilnehmer. Bezüglich der Hauptverhandlung umfaßt der Begriff „die Sache" nur diejenigen Straffälle, über welche verhandelt und geurteilt werden soll. Frühere Tätigkeit als Auskunftsperson in einer anderen, im Vorverfahren verbundenen, nun aber abgetrennten Sache begründet keine Ausschließung für den Prozeß, der gerade Gegenstand der Hauptverhandlung ist.[5]) Das Wiederaufnahmeverfahren bildet mit dem ihm vorausgegangenen, bereits abgeschlossenen Prozeß „dieselbe Sache" im Sinn der Ziff. 4 und 5 von § 22 StPO.

Welcher Art und welchen Ausmaßes die Tätigkeit des Staatsanwaltes oder des Polizeibeamten war, ist unerheblich. Ohne Rücksicht auf die materielle Tragweite des betr. Amtsgeschäfts wird die Ausschließung bereits begründet durch jeden, selbst rein formalen Akt, der im Rahmen der jeweiligen Amtseigenschaft für eine bestimmte Sache zur Erforschung des Sachverhalts oder doch zur Beeinflussung des Verfahrens vorgenommen wird.[6]) Ein Richter muß also schon als ausgeschlossen

2) Hahn, I S. 90.
3) RG IV 24. Febr. 1888 (Rspr. 10/198); IV 4. Mai 1897 (E 30/71).
4) RG I 5. Dez. 1907 (GA 55/221); vergl. auch III 28. März 1923 (E 57/276).
5) RG IV 24. Febr. 1888 (a.a.O.).
6) RG III 30. April 1888 (E 17/415 ff., Rspr. 10/353); IV 7. Jan. 1902 (GA 49/118); II 8. Juli 1902 (E 35/320); (f. d. Begriff d. Polizeibeamten ist sicherheitspol. Tätigkeit erforderlich); I 6. April 1903

gelten, wenn er in Vertretung eines Staatsanwaltes die Reinschrift einer von dem Vertretenen noch selbst entworfenen Verfügung unterzeichnet hat.[7]) Ebenso ist auch der Richter relativ unfähig, der als Hilfsarbeiter der Staatsanwaltschaft in der betr. Sache Verfügungen, z. B. Gesuche um kommissarische Zeugenvernehmung entworfen hat.[8]) Der Erlaß von Verfügungen im Rahmen der allgemeinen Justizverwaltung, wie etwa die Regelung des Sitzungsdienstes begründet indessen keine Unfähigkeit, da es hier an der erforderlichen Beziehung auf den einzelnen Strafprozeß fehlt.[9])

Ebenso wie bei der Tätigkeit als Staatsanwalt und Polizeibeamter kommt es auch auf Art und Maß der Tätigkeit als Anwalt oder Verteidiger nicht an. Die Ausschließung tritt schon ein, wenn der Richter als Anwalt einen Schriftsatz unterzeichnet hatte, in dem Zeugen für die betr. Sache benannt wurden, ja sogar, wenn er nach Einreichung eines Schriftsatzes die Uebernahme der Verteidigung abgelehnt hatte. Denn auch hier mangelt es ihm wegen des vorausgegangenen Studiums der Akten oder der stattgefundenen Rücksprache mit dem Klienten an der für den Richter notwendigen Unvoreingenommenheit.[10]) Auch die bloße anwaltschaftliche Erstattung einer Anzeige im Namen des Verletzten fällt unter § 22 Ziff. 4.[11])

Der Richter, — und ebenso der Schöffe, Urkundsbeamte und Geschworene, — ist fernerhin von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen, wenn er in der Sache als Zeuge oder Sachverständiger vernommen worden ist. StPO 22 Ziff. 5. Schon die bloße Tatsache der mündlichen Vernehmung in irgendeinem Prozeßabschnitt einschließlich des Wiederaufnahmeverfahrens[12]) begründet seine Unfähigkeit. Der Gegenstand und die sachliche Bedeutung der Vernehmung sind gleichgültig.[13]) [14]) Auch wenn die Gerichtsperson seinerzeit bei der Vernehmung

(E 36/209); I 19. Juni 1925 (E 59/268). A. A. Keller, Anm. 6 u. Stenglein, Anm. 11, die rein formale Tätigkeit nicht genügen lassen.

7) Vergl. RG II 6. Dez. 1895 (E 28/54).
8) RG III 13. November 1882 (E 7/236).
9) Vergl. die Bemerkungen Belings (JW 54/2779 ff., Fußn. 1) zu der oben angezogenen Entscheidung des RG I vom 19. Juni 1925.
10) RG IV 12. Juni 1900 (GA 40/447).
11) A. A. Feisenberger, Anm. 10 a zu § 22.
12) RG II 29. Febr. 1884 (Rspr. VI/163); IV 4. Mai 1897 (E 30/70 ff.).
13) Abw. Ullmann, S. 169, der Aussage über relevante Tatumstände verlangt. Ebenso John, S. 320 oben.
14) Vergl. Feisenberger, Anm. 15 zu § 22.

das Zeugnis oder die Erstattung des Gutachtens verweigert hatte, ist sie doch ausgeschlossen.[14]) Die nach StPO 82 auf gerichtliche Anordnung hin erfolgte schriftliche Erstattung eines Sachverständigen-Gutachtens steht der Vernehmung gleich, nicht dagegen die Abgabe einer schriftlichen Zeugenerklärung oder einer amtlichen Auskunft.[15])

Der Antrag auf Vernehmung eines Richters oder die unmittelbare Ladung zur Hauptverhandlung geben noch keinen Ausschließungsgrund ab, denn wenn ein solches Verlangen die Ausschließung nach sich ziehen würde, hätte es der Beschuldigte immer in der Hand, einen ihm unbequemen Richter auszuschalten. Wenn daher das Gericht genügenden Grund zu der Annahme hat, die Benennung eines Richters als Zeugen geschehe nur in Behinderungsabsicht, so kann es sich mit der Versicherung des Richters, von der fraglichen Sache nichts zu wissen, begnügen, und die Vernehmung ablehnen. So im Anschluß an die Motive[16]) die in Schrifttum und Rechtsprechung herrschende Lehre.[17]) Das in StPO 245 I normierte Recht des Beschuldigten auf Vernehmung sämtlicher beigebrachter Zeugen muß also insoweit hinter dem allgemeinen Recht des Staates auf Aufrechterhaltung der Rechtsordnung zurücktreten.[18])

c) Fälle analoger Anwendung des § 22.

Die Aufzählung der Ausschließungsgründe im § 22 ist nicht erschöpfend. Das beweist schon die Tatsache, daß der Gesetzgeber, wohl weil er es für überflüssig hielt, die Beteiligung des Richters als Beschuldigter nicht ausdrücklich hervorgehoben hat. Es ergibt sich aber schon aus der Natur der Sache und aus einem Vergleich der Ziff. 1 mit 2 und 3, daß ein Beschuldigter nicht Richter in seiner eigenen Sache sein kann.

Weiterhin ist vom Gesetzgeber der Fall nicht geregelt, daß ein Richter durch die Stellung des Strafantrages nach StGB 61 ff. das Verfahren in der Sache in Fluß gebracht hat. Man dachte wohl dabei, daß der antragsberechtigte Richter dann entweder selbst verletzt

14) Vergl. Feisenberger, Anm. 15 zu § 22.
15) RG II 1. Mai 1885 (Rspr. 7/269, E 12/181); I 26. Dez. 1924 (E 58/286). OLG Kolmar 31. Okt. 1903 (Ahlsberg, I S. 63 Nr. 76).
16) Hahn, I S. 89 § 16.
17) RG IV 24. Febr. 1888 (Rspr. 10/197); I 4. Febr. 1907 (GA 54/293); V 9. Okt. 1908 (E 42/2 ff.). Abweichend John, S. 319.
18) Vergl. Keller, Anm. 7 zu § 22.

oder Angehöriger des Verletzten sein werde. Dies wird auch regelmäßig zutreffen, braucht aber nicht immer der Fall zu sein. Man übersah nämlich bei dieser Ueberlegung die Möglichkeit, daß der Richter als Vorgesetzter eines beleidigten Beamten gemäß StGB 196 Strafantrag gestellt haben kann und daß sich dann die Frage erhebt, ob dieser Richter an der von ihm selbst beantragten Untersuchung und Entscheidung der Sache mitwirken darf. Die Frage ist m. E. zu verneinen. Die Ausübung seines Antragsrechts bringt den Richter in eine solche Beziehung zu der betr. Sache, daß er schon um des Ansehens der Rechtspflege willen an dem Verfahren nicht mehr teilnehmen sollte. Denn durch die Stellung des Strafantrages wird er an dem Ausgang der Sache mindestens in gleichem Maße beteiligt, wie wenn ein Fall von § 22 Ziff. 4 oder 5 vorläge. Ueberdies ist schon die dem Antragsteller in vielen Fällen zustehende Möglichkeit, durch Zurücknahme des Antrags die Einstellung des Verfahrens herbeizuführen, mit der Ausübung des Richteramtes unvereinbar. Die bloße, — nicht verwirklichte, — Antragsberechtigung eines Richters, der nicht selbst verletzt oder Angehöriger eines Verletzten ist, kann dagegen keine Ausschließung begründen, da hier die oben dargelegten Gründe nicht gegeben sind.[1])

Dagegen verbietet sich eine analoge Anwendung des § 22 auf den Fall, daß die Gerichtsperson, ohne selbst verletzt oder Angehöriger des Verletzten zu sein, nur durch eine Anzeige die Einleitung der Untersuchung veranlaßt hat. Da ein solcher Denunziant im Gegensatz zum Antragsteller nach Erstattung der Anzeige keinen Einfluß auf das in Gang gekommene Verfahren auszuüben vermag, muß man hier das Vorliegen eines Ausschließungsgrundes verneinen. Sicher wird dagegen in einem derartigen Fall ein Ablehnungsgrund bestehen, auf den der betr. Richter gemäß StPO 30 selbst hinzuweisen verpflichtet ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn er die Anzeige nicht auf Grund dienstlicher Kenntnis, sondern als Privatmann gemacht hat.

1) Diese, von Binding, S. 86 Ziff. 5, Glaser, II S. 112, John, S. 315 und in den früheren Auflagen des Löwe'schen Kommentars vertretene Ansicht steht im Widerspruch zur herrschenden Lehre, insbesondere auch der des RG. Vergl. z. B. RG III 25. Febr. 1882 (Rspr. IV/209). Die herrschende Meinung nimmt im Fall der Antragstellung durch den Richter nur dessen Ablehnbarkeit an.

d) Die Ausschließung nach StPO 23.

Der rechtspolitische Grund der Bestimmung von § 23 ist der, daß die wiederholte Ausübung des Richteramtes durch den gleichen Richter in derselben Sache vermieden werden soll. Oder mit anderen Worten: die frühere Tätigkeit eines Richters ist unvereinbar mit seiner Mitwirkung bei einer Verhandlung der gleichen Sache in einem späteren Verfahrensabschnitt. Jeder Richter soll urteilen secundum allegata et probata und nicht secundum conscientiam. Darum darf ein Richter, der in einer Sache schon wesentlich tätig geworden ist, an keinem Gremium mehr teilnehmen, in dem das Ergebnis dieser Tätigkeit nachgeprüft werden soll. Anderenfalls wäre die unbefangene Beurteilung der Sache gefährdet, da man einerseits im allgemeinen, — schon aus einem gewissen Beharrungsbestreben heraus, — von einer gefaßten Meinung nicht ohne weiteres wieder abzuweichen pflegt, andererseits die neuzugezogenen Richter leicht die Ansicht ihres bereits mit der Materie vertrauten Kollegen teilen könnten, ohne sich selbst vorher eine eigene Meinung gebildet zu haben.

Es macht keinen Unterschied, ob der Richter des zweiten Rechtszuges früher in der gleichen Sache als Staatsanwalt oder Verteidiger oder aber als Untersuchungsrichter fungiert hat. Der § 23 ist also insofern nur die folgerichtige Ergänzung des § 22, ebenso wie die Ziffern 4 und 5 des § 41 ZPO durch Ziff. 6 das. ihre Ergänzung finden.

§ 23 StPO bestimmt zunächst in seinem I. Absatz, daß ein Richter, der an einer durch ein Rechtsmittel angefochtenen Entscheidung teilgenommen hat, von der Mitwirkung bei der Entscheidung im nächsten Rechtszug kraft Gesetzes ausgeschlossen ist.

Der Nachdruck liegt hier auf den Worten „bei der angefochtenen Entscheidung". Es genügt also nicht, irgend eine die Sache betr. Tätigkeit des Richters im vorausgegangenen Verfahrensabschnitt, etwa als ersuchter oder beauftragter Richter,[1]) es bedarf vielmehr seiner Mitwirkung gerade bei der angegriffenen Entscheidung. Wie diese Mitwirkung beschaffen war, ist dagegen gleichgültig. Es genügt darum auch, wenn er selbst gegen die Ent-

1) Vergl. den Wortlaut von ZPO 41 Ziff. 6, sowie wegen der Mitwirkung an einem Beweisbeschluß im Zivilverfahren RG III (ZS) 26. Mai 1922 (EZ 105/17).

scheidung gestimmt hat. Die bloße Teilnahme an der Verhandlung als Ergänzungsrichter begründet, wenn es nicht zum Eintritt für einen verhinderten Richter gekommen ist, keine Ausschließung, da der Richter wohl der Verhandlung beigewohnt, nicht aber bei der Entscheidung mitgewirkt hat. Vergl. den Wortlaut von GVG 192 I und II. Wenn wegen Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung an ein anderes Gericht erster Instanz eine Wiederholung der Verhandlung nötig wird, ist ein Richter, der schon an der ersten Verhandlung beteiligt war, von der neuerlichen Mitwirkung nicht ausgeschlossen.[2]) Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Verweisung der Sache an das gleiche oder ein anderes Gericht desselben Rechtszuges erfolgte, denn in beiden Fällen handelt es sich bei der erneuten Verhandlung nicht um eine „Entscheidung in höherer Instanz".[3])

Unter einer solchen Entscheidung ist aber nur die sachliche Entscheidung über das Rechtsmittel zu verstehen, nicht eine in der oberen Instanz durch ein Ablehnungsgesuch notwendig werdende Entscheidung, die sich mit dem Sach- und Streitstand überhaupt nicht zu befassen hat. Mit dieser Begründung bejaht das RG[4]) zu Recht die Frage, ob ein Richter, der schon bei dem Urteil im ersten Rechtszug mitgewirkt hat, auch an der Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch in der zweiten Instanz teilnehmen darf.

Die Ausschließung greift Platz, wenn die Entscheidung durch ein „Rechtsmittel" angefochten wurde. Darunter sind nur die ordentlichen Rechtsmittel: Beschwerde, Berufung und Revision zu verstehen. Das folgt aus dem ganzen Wortgebrauch und Aufbau der StPO. Der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gehört also nicht hierher, wenngleich auch § 365 die allgemeinen Bestimmungen über Rechtsmittel auf ihn anwendet.[5])

Der II. Absatz von § 23 StPO bestimmt, daß ein Untersuchungsrichter in den Sachen, in welchen er die Voruntersuchung geführt hat, nicht Mitglied des erkennenden Gerichts sein und auch nicht bei einer außerhalb der Hauptverhandlung erfolgenden Entscheidung der Strafkammer mitwirken darf.

2) Glaser, II S. 114.
3) Vergl. RG IV 9. Juni 1893 (JW 22/464; GA 41/140); IV 28. Juni 1898 (E 31/226, 227).
4) RG I 25. Jan. 1927 (Jur. Rundschau Sp. 377 Nr. 664).
5) RG II 23. Sept. 1881 (E 4/427).

Dieser Bestimmung lag, wie aus den Motiven hervorgeht, die Erwägung zugrunde, daß der Untersuchungsrichter regelmäßig schon bei Abschluß der Voruntersuchung sich seine Ansicht über die Sache gebildet hat, während der erkennende Richter sein Urteil lediglich aus der mündlichen Verhandlung schöpfen soll. Bei Beschlüssen, die nur auf Grund der Akten ergehen, kam noch hinzu, daß der mit den letzteren am genauesten vertraute Untersuchungsrichter erfahrungsgemäß leicht einen überwiegenden Einfluß auf die Entscheidung ausübt, wenn ihm eine Mitwirkung bei dieser zugestanden wird.[6])

Aus diesen Worten der Motive in Verbindung mit der Fassung von § 23 II ergibt sich zunächst, daß eine Voruntersuchung im technischen Sinn der StPO gegeben sein muß. Irgendwelche Ermittlungen, die außerhalb der Voruntersuchung vorgenommen werden, — mag dies auch durch den Untersuchungsrichter selbst geschehen, — fallen ebensowenig darunter, wie die in einer abgebrochenen Hauptverhandlung veranstalteten Beweisaufnahmen.[7]) Dagegen steht die nach StPO 197 II und 202 I vom Staatsanwalt oder Gericht beantragte Ergänzung der Voruntersuchung der ersten Voruntersuchung gleich. Entsprechendes gilt von Akten, die zwischen Schluß der Voruntersuchung und Erlaß des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens vorgenommen werden und die zwar nicht rechtlich, wohl aber tatsächlich als Ergänzung der Voruntersuchung aufzufassen sind.[8])

Unter dem Ausdruck „Untersuchungsrichter" ist der Untersuchungsrichter im Sinn von GVG 61 und StPO 184, 186 zu verstehen. Ihm steht gleich der Amtsrichter, dem gemäß § 185 I 1 die Führung der Voruntersuchung übertragen wurde; ebenso der Stellvertreter des Untersuchungsrichters, mag er auch nur einzelne Untersuchungshandlungen vorgenommen haben. Denn das Gesetz verbindet die relative Unfähigkeit nicht mit dem Amt des Untersuchungsrichters schlechtweg, sondern mit den im Rahmen dieses Amtes vorgenommenen Handlungen und der infolgedessen möglichen Voreingenommenheit für oder gegen den Angeschuldigten.[9]) Der Amtsrichter, der ge-

6) Hahn, I S. 90.
7) Glaser, II S. 115 a.
8) RG II 8. Okt. 1880 (E 2/315 ff.); Fer. Sen. 23. Juli 1926 (E 60/323 ff.).
9) RG II 28. Juni 1881 (E 4/344); I 6. Dez. 1888 (E 18/271); II 23. April 1920 (E 54/317). Vergl. auch RG V 11. November 1910 (E 58/456).

mäß § 185 I 2 vom Untersuchungsrichter um die Vornahme einzelner Untersuchungshandlungen ersucht wurde, fällt dagegen nicht unter die Vorschrift von § 23 II.[10])

Nicht jeder, der als Untersuchungsrichter fungiert hat, ist indessen kraft Gesetzes ausgeschlossen. Er muß vielmehr die Voruntersuchung „geführt" haben. Eine solche Führung setzt nach der ständigen Rechtssprechung des RG, der entgegenzutreten kein Anlaß besteht, grundsätzlich die Vornahme mindestens eines wesentlichen Aktes der Voruntersuchung voraus. Als wesentliche Akte sind dabei vor allem die Handlungen aufzufassen, die mit ihrer Vornahme den Untersuchungsrichter zu eigener Stellungnahme veranlassen.[11]) Es gehören also insbesondere hierher alle Akte, die auf Klärung des Sachverhaltes oder Sammlung des Beweisstoffes abzielen, wie[12]) die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, die Vernehmung des Angeschuldigten oder eines Mitangeschuldigten, die Einnahme des richterlichen Augenscheins.[13])

Als wesentliche Akte, die eine Führung der Voruntersuchung darstellen, können dagegen nicht gelten, die bloße Eröffnung der Voruntersuchung,[14]) die Anordnung einer Ladung,[15]) die Aufnahme eines Antrags des Angeschuldigten oder seine Vernehmung nach StPO 115, die Mitteilung an den Verteidiger über die Wiedereröffnung der Voruntersuchung, die Nichtgewährung der Akteneinsicht, das Verbot der Weiterbeförderung eines Briefes des verhafteten Angeschuldigten.[16])

Insoweit kann der höchstrichterlichen Rechtsprechung ohne weiteres gefolgt werden. Unrichtig ist dagegen die Auffassung des RG, daß der Beschluß über die

---

10) RG IV 16. Mai 1885 (Rspr. 7/304). Abweichend Keller, Anm. 3 zu § 23.

11) RG IV 8. Mai 1896 (E 28/358).

12) — ich folge hier den Zusammenstellungen bei Feisenberger und Löwe-Hellweg-Rosenberg —

13) RG III 3. Dez. 1883 (E 9/287); I 6. Dez. 1883 (E 18/269); I 15. Jan. 1891 (E 21/286); I 1. März 1920 (LZ 14/614); II 23. April 1920 (E 54/317); III 30. April 1925 (Recht 29/Nr. 1083).

14) — was besondere Bedeutung im Fall des § 185 I 1 gewinnt, —

15) A. A. Glaser, II S. 116 Fussn. 16.

16) RG II 21. März 1881 (Rspr. 3/155); III 3. Dez. 1883 (Rspr. 5/753; E 29/286); IV 17. Okt. 1884 (Rspr. 6/633); IV 26. Sept. 1922 (JW 52/19); III 30. April 1925 (GA 69/402; GA 70/138); I 13. Dez. 1927 (E 61/416; JW 57/1145; DRZ 20, Nr. 74); — I 10. Juni 1880 (Rspr. 2/52); II 21. März 1881 (Rspr. 3/155); — II 8. Okt. 1880 (E 3/315); — I 29. Febr. 1904 (GA 51/193); — I 19. Sept. 1912 (Recht 16/Nr. 3160).

Fortdauer der Untersuchungshaft — allein oder kombiniert mit der Eröffnung der Voruntersuchung — keine Ausschließung begründe.[17]) Trotz des Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung und ungeachtet des Ausnahmecharakters von § 23 ist auch der Beschluß über die Fortdauer der Untersuchungshaft als ein wesentlicher Akt der Voruntersuchung anzusehen. Die Verlängerung der Untersuchungshaft ist für den Betroffenen meist von großer Wichtigkeit. Ebensowenig wie beim Erlaß eines Haftbefehls oder der Verwerfung einer Haftbeschwerde darf über das Andauern der Untersuchungshaft rein formularmäßig entschieden werden, wenn dies auch in der Praxis gelegentlich so geschehen mag. Vielmehr sind bei der Beschlußfassung die gesetzlichen Voraussetzungen des dringenden Schuldverdachts und der Flucht- oder Verdunkelungsgefahr eingehend zu prüfen. § 112. Dadurch wird der Untersuchungsrichter zu einer bestimmten Stellungnahme gegenüber dem Täter und der Tat gezwungen, die ihn hindern sollte, später als „erkennender" Richter seine als „verfolgender" Richter getroffene Entscheidung unter einem anderen Gesichtswinkel einer Nachprüfung zu unterziehen.[18])

Entsprechendes muß für den Beschluß über die Beendigung der Voruntersuchung nach § 197 gelten. Das RG nimmt auch hier das Vorliegen eines nur unwesentlichen Aktes an.[19]) Auch hier kann ihm nicht gefolgt werden. Der Untersuchungsrichter kann die Voruntersuchung schließen, wenn er ihren Zweck für erreicht hält. Um sich aber ein solches abschließendes Bild über ihr Ergebnis machen zu können, bedarf es einer genauen Prüfung der Aktenlage, sodaß sich dann die gleiche Situation wie oben ergibt.[20])

Die Fassung des § 23 II ist nicht ganz klar. Aus der Wendung „geführt hat" könnte man nämlich schließen, daß der Untersuchungsrichter erst nach Beendigung der Voruntersuchung an den von der Strafkammer außerhalb

17) So die oben angeführten Entscheidungen des RG II 21. März 1881, III 3. Dez. 1883, IV 17. Okt. 1884, IV 26. Sept. 1922, III 30. April 1925.

18) Gl. A. Scanzoni, JW 57/1145 Fussn. 18; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 7a a. E. — A. A. Feisenberger, Anm. 7 a.

19) RG I 15. Jan. 1891 (E 21/286); I 20. Jan. 1921 (LZ 15/314). Diese Entscheidungen stehen aber im Widerspruch mit der bei RG IV 3. Febr. 1891 (GA 39/64) entwickelten Auffassung von dem Grundgedanken des § 23 II.

20) Gl. A. Feisenberger, Anm. 7 a. E.

der Hauptverhandlung zu erlassenden Beschlüssen nicht mehr teilnehmen dürfe. Eine solche Annahme würde indessen dem Zweck der Bestimmung zuwiderlaufen. Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich hier vielmehr nur um ein Redaktionsversehen. Das folgt schon aus den eingangs wiedergegebenen Worten der Motive, vor allem aber aus der schon für die Dauer der Voruntersuchung bestehenden Zuständigkeit der Strafkammer zur Entscheidung über Beschwerden gegen untersuchungsrichterliche Verfügungen. GVG 73 I. Die Bestimmung des § 23 II ist deshalb dahin auszulegen, daß der Untersuchungsrichter von der Tätigkeit der Strafkammer als beschließendes Gericht schon ausgeschlossen ist, während er die Voruntersuchung führt.

Da, wie schon dargelegt, bereits die Vornahme eines wesentlichen Aktes die Voraussetzung der „geführten" Voruntersuchung erfüllt, so müssen mehrere Untersuchungsrichter, die nacheinander tätig geworden sind, — vergl. GVG 65, 61, — auch sämtlich als ausgeschlossen gelten. Die teilweise Führung der Voruntersuchung in einem mehrere Angeklagte umfassenden Verfahren begründet auch dann die relative Unfähigkeit des Untersuchungsrichters für die ganze Sache, wenn er nur Untersuchungshandlungen vorgenommen hat, die sich auf nachher außer Verfolgung gesetzte Mitangeschuldigte bezogen. Voraussetzung ist dabei allerdings, daß die die teilweise Führung der Voruntersuchung begründenden wesentlichen Akte der Aufklärung des gesamten Sachverhalts und der allgemeinen Sammlung des Beweismaterials dienten.[21])

In Konsequenz des oben Gesagten muß bei der Verbindung mehrerer Sachen zu einer Hauptverhandlung auch der Untersuchungsrichter als ausgeschlossen gelten, der nur in einer Sache die Voruntersuchung geführt hatte.[22]) Wird dagegen die Verbindung wieder aufgehoben oder durch teilweises Außerverfolgungsetzen wieder gelöst, so kann der Untersuchungsrichter über die Handlungen miterkennen, auf die sich seine Voruntersuchung nicht bezog.[23])

Ein in der dargelegten Weise relativ unfähiger Untersuchungsrichter ist — abgesehen von der Voruntersuchung selbst, — von jeder Art richterlicher Tätigkeit

21) Vergl. RG V 11. Nov. 1910 (Recht 14/Nr. 4221; GA 58/455).
22) RG I 16. Dez. 1912 (GA 60/421; JW 42/1002); III 19. Febr. 1923 (E 57/248).
23) RG II 10. Jan. 1922 (E 56/353).

bei der Strafkammer bezw. dem Strafsenat des RG oder eines OLG [24]) und ferner im erkennenden Gericht ausgeschlossen. Dies gilt für alle Instanzen.[25]) Der Untersuchungsrichter darf also insbesondere am Eröffnungsbeschluß nicht teilnehmen. Er ist auch von der Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch an Stelle des rekusierten Richters ausgeschlossen.[26]) Selbst wenn sich in einer Hauptverhandlung ergibt, daß die zur Aburteilung stehende Tat bereits rechtskräftig entschieden ist und darum ohne weiteres wegen ne bis in idem die Unzulässigkeit ihrer neuerlichen Verfolgung auszusprechen ist, so kann nicht einmal an dieser Entscheidung der Richter mitwirken, der in dem früheren Verfahren die Voruntersuchung geführt hatte.[27])

Der § 23 enthielt früher noch einen III. Absatz, wonach an dem Hauptverfahren vor der Strafkammer mehr als zwei von den Richtern, die bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens mitgewirkt hatten, nicht teilnehmen durften. Insbesondere war der Richter, der über den Antrag der Staatsanwaltschaft berichtet hatte, ausgeschlossen. Durch § 21 I der schon erwähnten Januarverordnung von 1924 ist diese Bestimmung in Wegfall gekommen. Heute kann also ein Richter, der zwar beim Erlaß des Eröffnungsbeschlusses, nicht aber beim Erlaß des Urteils als der „angefochtenen Entscheidung" mitgewirkt hat, an der Hauptverhandlung des zweiten Rechtszuges teilnehmen.[28]) Dies ergibt sich übrigens schon aus dem Wortlaut von § 23 I.

Während die Ausschließungsgründe des § 22 auf Schöffen und Urkundsbeamte gleichermaßen Anwendung finden, trifft dies bei § 23 nicht zu. Diese Bestimmung paßt ihrem ganzen Zweck nach nicht auf den Gerichtsschreiber und kann darum gemäß § 31 I auch nicht entsprechend angewendet werden. Einer Mitwirkung des gleichen Urkundsbeamten in allen Teilen des Verfahrens, insbesondere auch in den verschiedenen Rechtszügen, steht also nichts im Wege.[29])

---

24) vergl. StPO 186.
25) Abweichend scheinbar Glaser, II S. 117 d und Fussn. 20.
26) KG II 25. April 1911 (GA 59/169; Alsberg, I S. 57 Nr. 68.)
27) RG I 16. Dez. 1912 (a.a.O.); vergl. II 6. Juli 1922 (Akt. Z. 2 D 494/22; ungedruckt; zit. bei Feisenberger, Anm. 11).
28) RG II 21. Sept. 1925 (ZStRW 47, Beil. Höchst RR S. 1).
29) RG III 10. Dez. 1881 (Rspr. 3/789); III 25. Nov. 1909 (Seuff. Bl. 75/213).

B. Die Ablehnungsgründe im engeren Sinn.

a) Der Begriff: Besorgnis der Befangenheit.

Nach § 24 I kann ein Richter abgelehnt werden, weil ein Fall vorliegt, in dem er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Die in StPO 22 und 23 kasuistisch geregelten Fälle der Ausschließung wurden oben besprochen.

Die Ablehnung eines Richters kann aber auch mit Besorgnis der Befangenheit begründet werden. § 24 I. Im Gegensatz zu der Regelung der Inhabilität hat der Gesetzgeber bei der Ablehnung wegen zu befürchtender Voreingenommenheit nicht eine Aufzählung der einzelnen Befangenheitsgründe gegeben, sondern sich mit einer Begriffsbestimmung begnügt. Der Grund hierfür war wohl die aus dem Wesensunterschied von Ausschließung und Ablehnung i. e. S. sich ergebende Unmöglichkeit, alle denkbaren Rekusationsgründe erschöpfend aufzuzählen und zu umschreiben.

Nach dieser gesetzlichen Definition des II. Absatzes von § 24 findet die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

Das OLG Darmstadt hat in einem Beschluß vom 13. Mai 1901 [1]) die Befangenheit als einen Zustand, eine Stimmung des Richters charakterisiert, die dessen Unparteilichkeit im einzelnen Fall störend beeinflussen kann. Dieser, auch von Löwe-Hellweg-Rosenberg[2]) gebilligten Begriffsbestimmung ist beizutreten.

Da das Gesetz bestimmte tatsächliche Voraussetzungen für das Vorliegen des Befangenheitsverdachtes nicht aufführt, muß die Würdigung des vorgebrachten Ablehnungsgesuches dem richterlichen Ermessen überlassen bleiben.[3]) Es erhebt sich aber nun die Frage, welcher Maßstab dabei anzulegen ist.

§ 24 I spricht von einer Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit. Eine solche „Besorgnis" ist immer etwas Subjektives. Es muß also jedes Ablehnungsgesuch zunächst darauf untersucht werden, ob vom Standpunkt des Ablehnenden aus triftige, — d. h. „zur Rechtferti-

1) Hess. Rspr. 2/43; Alsberg, I S. 57 Nr. 69.
2) Anm. 3 a.
3) RG I 7. Mai 1883 (Rspr. 5/335).

gung des Mißtrauens gegen die Unparteilichkeit des Richters geeignete" — Gründe für eine solche Besorgnis der Befangenheit sprechen. Dieser Auslegungssatz wird von Theorie und Praxis, insbesondere der des RG, allgemein anerkannt.[4])

Die bloße subjektive Besorgnis eines Prozeßbeteiligten, daß der Richter befangen sei, kann indessen zur Begründung der Ablehnung nicht genügen. Andernfalls wäre das Gericht von dem mehr oder weniger entwickelten Urteilsvermögen des Angeschuldigten abhängig, ja sogar seiner Schikane ausgeliefert. Denn in vielen Fällen wird seine nur halbwegs motivierte Behauptung, er halte den Richter für befangen, nur schwer zu entkräften sein. Das RG verlangt deshalb mit Recht und in Uebereinstimmung mit Wortlaut und Sinn von § 24 II, daß der subjektive Standpunkt des Prozeßbeteiligten einer Nachprüfung in der Richtung seiner objektiven Begründetheit standzuhalten vermöge. Die persönliche Auffassung des Beschuldigten muß „vernünftigerweise" begreiflich erscheinen.

Wenn der über das Ablehnungsgesuch entscheidende Richter die Auffassung des Ablehnenden teilt, so ergeben sich keine Schwierigkeiten. Anders ist es dagegen bei nur teilweise oder gänzlich fehlender Uebereinstimmung. Das RG fordert in einem solchen Fall, daß ohne Rücksicht auf die eigene Ansicht des Gerichts dem Ablehnungsgesuch stattgegeben werde, wenn nur vom Standpunkt des Angeschuldigten aus seine Besorgnis der Befangenheit billiger- und verständigerweise gerechtfertigt erscheinen müsse.[5]) Hier frägt es sich nun, wie der objektive Maßstab beschaffen sein soll, mit dem der subjektive Standpunkt des Ablehnenden nachgeprüft wird und inwiefern er sich wiederum von der persönlichen Auffassung des nachprüfenden Richters unterscheidet.

---

4) Vergl. — teilweise nach dem Katalog bei Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 3 a, — RG IV 16. April 1912 (JW 41/913); IV 2. Mai 1916 (Akt. Z. 201/16, unveröffentlicht); IV 30. Nov. 1917 (LZ 12/452, GA 65/552); IV 29. Juni 1920 (E 55/57); I 26. Sept. 1924 (E 58/287); I 10. Nov. 1925 (Bayer. Zeitschr. 22/104); II 11. Januar 1926 (E 60/44); I 30. Nov. 1926 (E 61/69); I 4. Jan. 1927 (GA 71/132); — OLG Hamburg 12. Juli 1905 und III. Ziv. S. 6. Nov. 1906 (OLG Rspr. 13/83, 15/68); OLG Karlsruhe 30. Dez. 1921 (Alsberg, I S. 58 Nr. 70); — Gaupp-Stein-Jonas ZPO, 14. Aufl., I Anm. II Abs. 1 zu § 42 ZPO.

5) Vergl. z. B. RG III 18. März 1926 (JW 55/2446).

Bei der Beantwortung dieser Frage ist, wie Beling [6]) mit Recht ausführt, von den Begriffen „Vertrauen" und „Mißtrauen" auszugehen. Ob man dazu neigt, einem anderen zu trauen oder zu mißtrauen, ist eine Frage der allgemeinen Veranlagung, der augenblicklichen Stimmung, vor allem aber der ganzen inneren und äußeren Lebenslage. Bei der Prüfung der Begründetheit des subjektiven Standpunktes hat der Richter von dem charakterologischen Durchschnittstyp eines nicht über die Norm hinaus mißtrauischen Menschen auszugehen und zu untersuchen, ob es Aufgeregtheit oder verständige Ueberlegung ist, die den Ablehnenden eine Befangenheit der Gerichtsperson besorgen läßt. Der über das Gesuch entscheidende Richter kann weiterhin dem Standpunkt des Ablehnenden nur dann gerecht werden, wenn er sich selbst unter gänzlicher Zurückstellung seiner eigenen Person in die Lage des Angeschuldigten hineindenkt und dabei den Bildungsstand und die prozessuale Rolle des Gesuchstellers berücksichtigt. Auf dieser Grundlage ist dann die Frage zu prüfen, ob die geltend gemachten Tatsachen geeignet sind, die Unbefangenheit irgend eines Richters in Zweifel zu ziehen. Ob gerade der abgelehnte Richter für seine Person, — etwa wegen besonderer Objektivität, — in der Lage wäre, der Gefahr der Parteilichkeit zu begegnen, ist nicht zu untersuchen.[7]) Mit der Annahme einer solchen Auslegung des § 24 II wird der Ablehnung das Verletzende genommen, das sie zunächst für die rekusierte Gerichtsperson hat. Es wird dadurch aber auch die Möglichkeit gegeben, den nachprüfenden Richter trotz seines eigenen „Nein" zu einem „Ja" gelangen zu lassen und damit die Gefahr vermieden, daß der etwas unklare Begriff „Besorgnis der Befangenheit" nach dem Gutdünken des Gerichts ausgelegt werde.

b) Einzelne Fälle der Ablehnbarkeit oder Nichtablehnbarkeit von Gerichtspersonen.

Bei den Ablehnungsgründen i. e. S. kann man zwei Gruppen unterscheiden: einmal allgemeine Verhältnisse, die von vorneherein Befangenheit besorgen lassen und dann bestimmte einzelne Tatsachen, aus denen das Vorhandensein der Befangenheit hervorgeht.

---

6) JW 55/2447 Fussn. 1.
7) Vergl. Glaser, II S. 120 VI. — A. A. John, S. 336 Ziff. 3.

Es wurde oben dargelegt, daß bei der Prüfung der Begründetheit der Rekusation immer vom Standpunkt des Ablehnenden auszugehen ist. Durch dieses Vorgehen wird ein individuelles, bewegliches Moment in die Ablehnung hineingetragen, das die Aufstellung fester Regeln für ihre jeweilige Rechtfertigung erschwert, aber nicht, wie Glaser[1]) behauptet, schlechtweg unmöglich macht. Dies gilt besonders für die erste, oben genannte Gruppe.

aa) Analoge Anwendung des § 22 als Ablehnungsgrund.

Nach allgemeiner Meinung kann ein Ablehnungsgesuch auf Umstände gestützt werden, die zwar nicht unter die Ausschließungsgründe des § 22 fallen, aber doch mit den dort aufgeführten Verhältnissen eine gewisse Aehnlichkeit haben. Hier ist vor allem der Fall anzuführen, daß der Richter mit dem Beschuldigten oder Verletzten verlobt ist,[2]) daß er sein Pfleger ist oder zu ihm in einem Verhältnis von Pflegeeltern und -Kindern steht, daß er mit ihm durch uneheliche Geburt oder in einem weiteren Grad verwandt ist, als es § 22 Ziff. 3 angibt. Weiterhin gehört hierher Verwandtschaft des Richters mit dem Staatsanwalt, dem Verteidiger oder Anwalt, sowie dem Denunzianten, der nicht zugleich der Verletzte ist. Schließlich ist hier der Fall zu erwähnen, daß der Richter selbst — als Privatmann — die Untersuchung der Sache durch eine Anzeige veranlaßt oder eine schriftliche Zeugenerklärung oder amtliche Auskunft abgegeben hat. In allen diesen Fällen kann allgemein von typischen Beispielen der Ablehnbarkeit gesprochen werden, denn es wird wohl keinem Zweifel unterliegen, daß hier jeweils „ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen".

Dagegen kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles an, ob man die Ablehnung für gerechtfertigt hält, wenn der Richter mit einem Zeugen oder Sachverständigen verwandt ist.

bb) Die Frage einer Rechtfertigung des Ablehnungsgesuchs durch entsprechende Anwendung des § 23.

Nach der herrschenden Lehre, der entgegenzutreten kein Anlaß besteht, kann dagegen ein Ablehnungsgesuch nicht auf analoge Anwendung des § 23 gestützt werden. Gerade aus dem Ausnahmecharakter dieser Vorschrift

1) II S. 120 Fussn. 27.
2) — wegen der Frage, wann ein Verlöbnis vorliegt, vergl. Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 6 zu § 52. —

ergibt sich, daß in allen anderen als in § 23 geregelten Fällen lediglich die Tatsache früherer amtlicher Tätigkeit in derselben Angelegenheit die Besorgnis der Befangenheit noch nicht zu begründen vermag. Dagegen kann in der Art und Weise der vorausgegangenen Amtsausübung oder in sonstigen Umständen ein Grund der Ablehnung der betr. Gerichtsperson gefunden werden.[3])

Von dem Grundsatz, daß außer den Fällen des § 23 die Ausübung verschiedener Funktionen des Richteramtes miteinander vereinbar ist, gibt es indessen eine Ausnahme. Sie gilt für den Fall des Klageprüfungsverfahrens nach den §§ 172 ff. Wenn nämlich der Richter an dem Beschluß des OLG auf Erhebung der öffentlichen Klage (§ 175) teilgenommen hat, so muß in dieser Mitwirkung ein Ablehnungsgrund erblickt werden. Das OLG übt im Klageerzwingungsverfahren keine richterliche, sondern eine überwiegend staatsanwaltschaftliche Tätigkeit aus. Denn genau so, wie sonst nach § 170 der Staatsanwalt, prüft hier das Gericht die Frage, ob die nach § 173 angestellten Ermittlungen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage bieten, um dann bejahenden Falles in dieser Richtung zu beschließen. StPO 174, 175. Gegen diese Vermischung von Anklage- und Richteramt und die damit verbundenen Gefahren für die richterliche Unbefangenheit waren bereits in der Reichstagskommission Bedenken erhoben worden.[4]) Seit der Bestimmung der OLG als Beschwerdeinstanz setzte man sich indessen über diese Bedenken durch die Ueberlegung hinweg, daß die OLG nur in geringem Umfang mit Strafsachen befaßt wären und deshalb ihre strafrichterliche Tätigkeit nicht mit ihren Entscheidungen im Klageprüfungsverfahren in Konflikt geraten könnte. Man nahm vielmehr an, daß die über die Beschwerde entscheidenden Behörden und Personen andere sein würden, als die zur Aburteilung berufenen.[5])

Aus dieser Entstehungsgeschichte der §§ 172 ff. ergibt sich, daß es keineswegs im Sinne der Gesetzgeber

3) Vergl. RG. II 6. Juni 1882 (Rspr. 4/529 ff).

4) Vergl. Hahn, I S. 728: „Das Amt des Anklägers wird auf das Gericht übertragen" (Oehlschläger). S. 730: „Man darf die Gerichte nicht zu betreibenden Organen der Anklage machen" (Gneist). S. 731: „Man greife in die Aufsichtsrechte des der Staatsanwaltschaft vorgesetzten Beamten ein" (Hanauer).

5) So Puttkammer bei Hahn, I S. 1079. Vergl. auch S. 1081: „Die Gefahr der Zusammenwerfung des Anklage- und Richteramtes werde teilweise beseitigt, da die OLG bei der Entscheidung der Hauptsache nicht mitwirkten" (Marquardsen).

liegt, wenn ein Richter, der beim OLG an dem Beschluß auf Erhebung der öffentlichen Klage teilgenommen hat, nun selbst über die so erhobene Klage entscheidet. Es muß daher umsomehr befremden, wenn das RG, das selbst diese Schlußfolgerung zieht, trotzdem in einem solchen Fall keine allgemeine Ablehnbarkeit jedes Mitglieds des OLG, — ja nicht einmal des Berichterstatters, — anerkennt, es vielmehr auch hier auf die „besondere Sachlage" abstellt und zwischen rechtlichen Meinungsverschiedenheiten und Differenzen in der tatsächlichen Beweiswürdigung durch Staatsanwalt und OLG unterscheidet.[6]) Differenzen tatsächlicher Art sollen die Ablehnung rechtfertigen können, bloße juristische Meinungsverschiedenheiten, z. B. über die Frage der Verjährung, dagegen nicht. Diese Ansicht des RG, die auch von Löwe-Hellweg-Rosenberg[7]) und Feisenberger[8]) geteilt wird, ist abzulehnen, da sie im Widerspruch steht mit dem gesetzgeberischen Willen, wie er sich aus der Entstehungsgeschichte der §§ 172 ff. und besonders aus der Formulierung der §§ 22 und 23 ergibt. Sie deckt sich auch nicht mit der Rechtsauffassung des RG selbst, das bei der Auslegung der Ziff. 4 von § 22 jede, sogar rein formelle Tätigkeit als Staatsanwalt für die Ausschließung genügen läßt,[9]) während es in der Mitwirkung an dem überwiegend staatsanwaltschaftlichen Beschluß des OLG auf Erhebung der öffentlichen Klage nicht einmal einen allgemein geltenden Ablehnungsgrund zu erblicken vermag.

cc) Die Unzulässigkeit der Ablehnung eines Gerichts als Behörde.

Aus dem Sprachgebrauch der StPO, die immer nur von der relativen Unfähigkeit oder Ablehnbarkeit von Richtern, bezw. Gerichtspersonen spricht, ergibt sich, daß es eine Ausschließung oder Rekusation eines Gerichts als solchen, d. h. als Teil des Behördenapparats weder im Ganzen noch in seinen Abteilungen (Kammern, Senaten) geben kann. Diese Auffassung, die schon in den Motiven zum Ausdruck kommt,[10]) hat in der Theorie allgemeine Anerkennung gefunden und wird auch vom

6) RG III 20. Juni 1889 (E 19/341).
7) Anm. 1 b zu § 23.
8) Anm. 8 b zu § 24.
9) Z. B. RG II 6. Dez. 1885 (E 28/54).
10) Hahn, I S. 90 unten.

RG für den Zivil- wie Strafprozeß in ständiger Rechtsprechung vertreten.[11])

Ebenso ist eine Ablehnung unzulässig, in der zwar alle einzelnen Richter eines Gerichts, aber ohne namentliche Benennung und jeweilige Begründung verworfen werden. Eine solche Rekusation unterscheidet sich im Zweck keineswegs von der Ablehnung eines Gerichts als solchem, denn auch hier erfolgt die Verwerfung der einzelnen Richter nicht mit Rücksicht auf ihre Person, sondern wegen ihrer Zugehörigkeit zu dem betr. Gericht. Gleiches gilt, wenn in dem Gesuch zwar die Richter und die gegen sie vorgebrachten Ablehnungsgründe einzeln angeführt sind, aus dem ganzen Vorgehen des Ablehnenden aber völlig eindeutig hervorgeht, daß es sich um einen Mißbrauch des Ablehnungsrechts handelt, indem die Ausübung der Rechtspflege durch die an sich zuständigen Gerichte schlechthin unmöglich gemacht oder wenigstens eine Richterauswahl nach Gutdünken der Partei getroffen werden soll.[12])

In allen diesen Fällen liegt ein Ablehnungsgesuch im technischen Sinn überhaupt nicht vor. Denn die Ablehnung eines Gerichts als Behörde ist schon nach dem Wortlaut der §§ 24 ff. unzulässig. Eine Rekusation, die sich offensichtlich als Mißbrauch des Ablehnungsrechts darstellt, widerspricht dem Sinn und Zweck des Instituts der Ablehnung. Es bestehen deshalb keine Bedenken, wenn in derartigen, aber auch nur in derartigen Fällen ein solchermaßen „abgelehntes" Gericht gleich selbst in seiner regelmäßigen Zusammensetzung die Unzulässigkeit des Gesuchs ausspricht.[13])

Von dieser unstatthaften Ablehnung eines Gerichts als Behörde ist jedoch dessen tatsächliche Ablehnung streng zu scheiden. Dieses Ergebnis tritt nämlich ein, wenn entweder alle oder doch soviele Mitglieder des Gerichts unter ausdrücklicher Benennung und Begrün-

11) Vergl. z. B. RG IV 22. April 1921 (E 56/49); IV. Ziv S. 29. Dez. 1903 (JW 33/64) und die dort sowie bei Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 3 zum 3. Abschnitt des I. Buchs gegebenen Verweisungen.

12) So hat in einem vom bayer. ObLG entschiedenen Fall der Privatankläger von Anfang an erklärt, er werde das Ablehnungsverfahren solange fortsetzen, bis kein Münchener Richter mehr zu entscheiden habe. (Bayer. ObLGSt. 18/32 ff). — Vergl. ferner Rasch, DJZ 20/96.

13) Ebenso RG II 8. Okt. 1897 (E 30/275); IV 22. April 1921 (a. a. O.); III. Ziv. S. 23. Juni 1899 (EZ 44/402).

dung für jeden Einzelnen abgelehnt werden, daß das Gericht faktisch beschlußunfähig wird. Die Verwerfung aller einzelnen Richter eines bestimmten Gerichts ist also der Ablehnung dieses Gerichts als solchem rechtlich keineswegs gleichzusetzen.[14]) In einem derartigen Fall rechtlicher Behinderung, — der übrigens analog auch durch relative Unfähigkeit der einzelnen Richter eintreten kann, — hat dann das zunächst obere Gericht gemäß § 15 die Untersuchung und Entscheidung dem gleichstehenden Gericht eines anderen Bezirks zu übertragen.

Es wurde früher dargelegt, daß ein Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit dann begründet ist, wenn vom Standpunkt des Angeklagten aus ein vernünftiger Grund zu ernstlichem Mißtrauen gegen die Unbefangenheit der rekusierten Gerichtsperson vorliegt. Es erübrigt sich deshalb fast die Feststellung, daß ein rein persönliches, durch vernünftige Gründe nicht belegtes Mißtrauen die Ablehnung nicht zu rechtfertigen vermag. Wenn also z. B. der Angeklagte geltend macht, er habe das Gefühl, die Richter seien befangen, aber keine Tatsachen angibt, die diese Annahme stützen, so kann er mit einem so unzureichend begründeten Ablehnungsgesuch keinen Erfolg haben.[15])

dd) Die politische Ueberzeugung des Richters als Ablehnungsgrund.

Von Bedeutung ist die Frage, inwieweit aus der politischen Ueberzeugung des Richters eine Besorgnis der Befangenheit abgeleitet werden kann. Die politische Einstellung kann in dem bloßen Hinneigen zu einer allgemeinen politischen Richtung, wie z. B. der nationalen oder sozialistischen, ohne strenge Bindung an eine bestimmte Gruppe bestehen, sie kann aber auch in der Zugehörigkeit zu einer politischen Partei oder Vereinigung oder in der Mitgliedschaft bei einem Verband mit einer gewissen einheitlichen politischen Grundtendenz, wie etwa dem Deutschen Offiziersbund oder dem Bund republikanischer Richter zum Ausdruck kommen.

In diesen Fällen hat das RG in treffender Weise zwischen der allgemeinen politischen Parteistellung und leidenschaftlicher politischer Gegnerschaft unterschieden.[16])

14) RG IV 19. Okt. 1923 (JW 53/1252 Nr. 9).
15) Vergl. RG I 4. Jan. 1927 (GA 71/132); V 9. Febr. 1915 (LZ 9/846 Nr. 29).
16) RG III 30. Nov. 1882 (Rspr. IV/856).

In der ersteren kann eine ausreichende Rechtfertigung der Ablehnung nicht erblickt werden, in der letzteren dagegen sehr wohl. Die Notwendigkeit einer solchen Unterscheidung ergibt sich schon aus den Bedürfnissen der Praxis. Wenn man in politischen Prozessen alle Richter, die politische Gegner des Angeklagten sind, allein wegen ihrer abweichenden Meinung für befangen halten will, so ist es nur billig und folgerichtig, dann auch alle Richter von gleicher politischer Ueberzeugung wie der Beschuldigte für ablehnbar zu erklären. Was für praktische Schwierigkeiten aber eine solche Auslegung im Gefolge haben würde, liegt auf der Hand. Es kann vom Deutschen Richterstand vielmehr erwartet werden, daß er auch in politischen Prozessen genügend Objektivität besitzt, um der politischen Ueberzeugung des Einzelnen keinen Einfluß auf die Entscheidung einzuräumen. Das bloße politische Glaubensbekenntnis des Richters kann darum seine Ablehnung noch nicht rechtfertigen.

Anders liegen dagegen die Dinge, wenn glaubhaft gemacht wird, daß es sich bei der abweichenden Meinung des Richters nicht um dessen politische Ueberzeugung, sondern um leidenschaftliche politische Gegnerschaft handelt. Dann wird die Besorgnis der Befangenheit als begründet anzusehen sein. Um einen solchen Nachweis zu erbringen, bedarf es immer der Anführung besonderer Tatsachen. Das RG erblickt z. B. in der Beförderung der Wahl eines Abgeordneten anderer politischer Richtung allgemein noch keinen solchen die Rekusation rechtfertigenden Umstand.[16]) Richtiger wird es indessen sein, in jedem Fall erst zu prüfen, wie weit diese Wahlbeförderung ging und mit welchen Mitteln sie betrieben wurde. In einem politischen Beleidigungsprozeß gegen einen Anhänger der neuen Ordnung hat das RG einen durchgreifenden Ablehnungsgrund in der Tatsache angenommen, daß der zur Entscheidung berufene Richter die Ableistung des Eides auf die Weimarer Verfassung verweigert hatte.[17]) Dieser Standpunkt erscheint gerechtfertigt, denn der Ablehnende konnte mit gutem Grund von diesem Richter nicht mehr erwarten, er werde mit der nötigen Unbefangenheit an die Beurteilung des Falles herantreten.

Mit dem eben Ausgeführten soll nicht gesagt sein, daß die bloße politische Ueberzeugung eines Richters für die Frage seiner Ablehnbarkeit überhaupt ohne Bedeutung

16) RG III 30. Nov. 1882 (Rspr. IV/856).
17) RG IV 29. Juni 1920 (E 55/57).

sei. Sie kann nur allein zur Rechtfertigung der Rekusation nicht genügen. Wenn zur politischen Meinungsdifferenz noch konkrete Umstände hinzutreten, die, — ohne den Richter gleich schlechtweg zu einen fanatischen Parteigänger zu stempeln, — doch immerhin die Besorgnis erwecken, er werde gerade diesem Angeklagten gegenüber nicht mehr unparteilich sein, so genügen auch solche Tatsachen zur Begründung der Ablehnbarkeit.[18])

Entsprechendes wird von der Zugehörigkeit der Gerichtsperson zu einem bestimmten Bekenntnis oder einem Volksstamm wie etwa dem jüdischen zu gelten haben.[19]) Auch sie kann, — ebenso wie die Mitgliedschaft bei religiös betonten Vereinen oder nach rassischpolitischen Gesichtspunkten zusammengesetzten Verbänden, wie z. B. dem Zentralverein deutscher Staatsbürger jüdischen Glaubens, — beim Hinzutreten weiterer Tatsachen von Bedeutung werden.

ee) Weitere Ablehnungsgründe.

Von einer gewissen Wichtigkeit ist ferner die Frage, ob das Rekusationsgesuch mit für den Ablehnenden ungünstigen Rechtsanschauungen des Richters begründet werden kann. Die Frage ist mit der herrschenden Meinung aus vorwiegend praktischen Erwägungen zu verneinen.[20]) Gleiches gilt auch von der Tatsache, daß der Richter an einem Beschluß mitgewirkt hat, durch den die Eröffnung des — später vom Beschwerdegericht dann doch eröffneten — Hauptverfahrens abgelehnt worden war. In diesen Fällen besteht allerdings die Gefahr, daß der Richter bei solchen regelmäßig wiederkehrenden Verhältnissen an seiner früheren Rechtsanschauung festhält. Dieser Gefahr wurde indessen vom Gesetzgeber durch die Aufstellung der Ausschließungsgründe bereits Rechnung getragen.

Ebensowenig wie die abstrakte wissenschaftliche Ansicht über eine Rechtsfrage schon einen Ablehnungsgrund

18) Vergl. RG I 16. Jan. 1922 (Bayer. Zeitschr. 18/127 V).

19) OLG München 30. Okt 1891 (Alsberg, I S. 58 Nr. 71; OLG Mchn. St. 6/498): Allein aus der Tatsache, dass der Richter ebenso wie die beiden Privatkläger der mosaischen Religion angehöre und dem Juden im Talmund vorgeschrieben sei, seine jüdischen Brüder vor einem Andersgläubigen zu begünstigen, kann keine Besorgnis der Befangenheit gefolgert werden.

20) Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 3 a. — RG VII. Ziv. S. 5. April 1904 (JW 33/241 Nr. 21); II. ZivS. 6. Dez. 1912 (LZ 7/148 Nr. 27).

darstellt, vermag dies die Kundgebung der Rechtsauffassung in einer anderen Sache, die auch in das anhängige Strafverfahren hereinspielt.[21]) Der Richter kann seine Rechtsauffassung auch anläßlich der Mitwirkung bei einem die gleiche Angelegenheit betr. Zivilprozeß zu erkennen gegeben haben. Diese Tatsache vermag eine Ablehnung nur dann zu begründen, wenn sich aus der Art des früheren Verhaltens die Besorgnis der Befangenheit ergibt.[22])

Dagegen ist zu sagen, daß sich der Richter jeder — auch privaten — Meinungsäußerung in der schwebenden Sache zu enthalten hat. Wenn deshalb der Vorsitzende bei einer Vertagung die einstimmige Ueberzeugung des Gerichts von der Schuld des Angeklagten zum Ausdruck bringt, um damit dem Angeklagten zur Zurücknahme seiner Berufung zu bewegen, so ist darin ein durchgreifender Ablehnungsgrund zu erblicken.[23]) Gleiches gilt, wenn der abgelehnte Richter den Angeklagten, der wegen eines im 2. Rechtszug eines anderen Prozesses angeblich geleisteten Zeugenmeineids jetzt vor Gericht steht, im 1. Rechtszug dieses früheren Verfahrens unvereidigt vernommen hatte, weil der Zeuge der Begünstigung verdächtig sei.[24]) Wenn ein Richter, der an einem durch das Revisionsgericht dann aufgehobenen Urteil mitgewirkt hat, die Erklärung abgibt, daß er bei dem zu erwartenden gleichen tatsächlichen Ergebnis der neuen Hauptverhandlung ebenso wie früher erkennen werde, so läßt ein solches Verhalten den Verdacht der Befangenheit besorgen. Denn der Richter hat bei seiner Entscheidung auch das Vorbringen der Parteien über die Rechtsfrage zu berücksichtigen und schließlich können auch noch in der kollegialen Beratung neue Gesichtspunkte vorgebracht werden.[25]) Ein Ablehnungsgrund ist schließlich auch gegenüber dem Richter gegeben, der vor seiner Befassung mit der Sache erklärt hatte, er als Richter werde wissen, wie er derartige unsaubere Geschäfte zu bestrafen habe.[26]) Werturteile, die ein Richter bei Erfüllung seiner Dienst-

21) RG III 16. Juni 1901 (GA 58/191).
22) RG IV 25. Juni 1901 (JW 30/687 Nr. 2).
23) Gl. A. Beling, JW 75/1209 ff.; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 3 a. A. A. RG II 11. Jan. 1926 (E 60/45).
24) RG I 10. Nov. 1925 (Bayer. Zeitschr. 22/104).
25) Ebenso Glaser, II S. 121 Fußn. 27. — A. A. Feisenberger, Anm. 8 a dd); Daude-Daude, Anm. 45; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 3 a. RG II 10. Febr. 1882 (E 5/439).
26) RG I 30. Nov. 1926 (E 61/69 ff.).

pflicht in einem anderen Zivil- oder Strafprozeß mit Bezug auf den Ablehnenden gefällt hat, begründen für sich allein noch keine Ablehnung, es sei denn, daß aus ihnen geradezu eine feindselige, parteiliche Stellungnahme spricht.[27])

5. Das Verfahren der Ablehnung.

a) Die zeitliche Begrenzung des Ablehnungsgesuchs.

Bei der Normierung des Rekusationsverfahrens war der Gesetzgeber bestrebt, eine möglichst einheitliche Regelung durchzuführen. Da aber die Ablehnung einer Gerichtsperson sowohl mit dem Bestehen eines Ausschließungsgrundes wie wegen Besorgnis der Befangenheit gerechtfertigt werden kann, ergaben sich aus der grundsätzlichen Verschiedenheit dieser beiden Gruppen von Ablehnungsgründen i. w. S. verschiedene Abweichungen. Eine derselben zeigt sich bei der Befristung des Rekusationsgesuchs.

Das Vorhandensein eines Ausschließungsgrundes, das stets von Amtswegen zu beachten ist, macht die betr. Gerichtsperson zur Ausübung ihres Amtes unfähig, mögen nun die Prozeßbeteiligten darauf hingewiesen haben oder nicht. Aus dieser Wirkung ergibt sich die Unmöglichkeit der Befristung eines derart begründeten Rekusationsgesuchs.[1]) Ein Ablehnungsgrund i. e. S. wirkt dagegen nicht ipso jure durch sein bloßes Vorhandensein. Er muß vielmehr erst geltend gemacht und vom Gericht anerkannt werden, ehe er seine Wirkungen entfalten kann. Da es aber „ebenso gegen die Würde des Gerichts wie gegen die Ordnung des Strafverfahrens verstoßen würde, wenn es den Ablehnungsberechtigten freistände, durch ein im Laufe oder gar am Ende der Verhandlung vorgebrachtes Ablehnungsgesuch die letztere gleichsam ungeschehen zu machen", ergab sich die Notwendigkeit, zum mindesten für die Hauptverhandlung einen Zeitpunkt festzulegen, bis zu dem eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit zulässig sein sollte.[2]) Als diesen Zeitpunkt bestimmt deshalb der § 25 für die erste Instanz die Verlesung des Beschlusses über die Eröffnung des

27) RG I 5. April 1927 (JW 56/1641 ff.).
1) A. A. Voitus, Komm. Anm. * zu § 25.
2) Motive bei Hahn, I S. 91.

Hauptverfahrens, für die Berufung und Revision den Beginn der Berichterstattung.

Aus dieser Beschränkung auf die Hauptverhandlung ergibt sich zunächst, daß ein Ablehnungsgesuch im übrigen Verlauf des Verfahrens an keine Frist gebunden ist. Es muß eben nur wegen der Abhängigkeit seiner Wirkung von seiner Geltendmachung vor der Vornahme des Aktes gestellt werden, an dem der Abzulehnende nicht mehr mitwirken soll. Daß ein erkennender Richter auch schon vor Beginn der Hauptverhandlung abgelehnt werden kann, versteht sich von selbst.

Der Zeitpunkt der Verlesung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens bestimmt sich nach StPO 243 II. Nun gibt es aber eine Reihe von Fällen, in denen ein Eröffnungsbeschluß überhaupt nicht erlassen wird. StPO 212, 411, 416, 422. In diesen besonderen Verfahren hat dann nach dem Zweck des Gesetzes, wie er besonders aus der oben wiedergegebenen Bemerkung der Motive hervorgeht, der § 25 entsprechende Anwendung zu finden, indem man an die Stelle des Eröffnungsbeschlusses die Vernehmung des Beschuldigten zur Sache treten läßt. §§ 243 III, 136.[3]) Im Falle des § 270 tritt an die Stelle des Eröffnungsbeschlusses die Verlesung des Verweisungsbeschlusses. Bei einer Verbindung mehrerer Strafsachen mit mehreren Eröffnungsbeschlüssen zu einer Hauptverhandlung genügt bereits der Beginn der Verlesung des einen, bei einem Eröffnungsbeschluß, der mehrere selbständige Straftaten aufführt und darum stückweise verlesen wird, genügt bereits der Beginn der ersten Teilverlesung, um die Unzulässigkeit der Ablehnung einer Gerichtsperson zu bewirken.[4])

Der Zeitpunkt der Berichterstattung, der die zeitliche Grenze für die Anbringung des Ablehnungsgesuchs i. e. S. im zweiten und dritten Rechtszug darstellt, bestimmt sich nach StPO 324 bezw. 351.

Das Recht der Prozeßbeteiligten auf Ablehnung einer Gerichtsperson wegen Besorgnis der Befangenheit geht durch die Versäumung der Frist unter. Dies gilt selbst dann, wenn die Prozeßbeteiligten erst nachträglich das Bestehen des Ablehnungsgrundes erfahren, ja sogar, wenn

3) Feisenberger, Anm. 1 zu § 25 und Anm. 3 zu § 16; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 3 zu § 25 (vergl. auch Anm. 2 b zu § 18).

4) Vergl. RG III 30. Jan. 1911 (E 44/313).

der Ablehnungsgrund erst später entstanden ist.[5]) Diese Bestimmung enthält für die Prozeßbeteiligten eine unverkennbare Härte, die aber, wie die Entstehungsgeschichte des § 25 beweist, vom Gesetzgeber wegen der Gefahr eines Mißbrauchs bewußt mit in Kauf genommen wurde.[6]) Ob de lege ferenda nicht doch eine dem § 44 IV ZPO entsprechende Vorschrift angezeigt wäre, ist eine andere Frage. De lege lata kann im Falle der verspäteten Geltendmachung eines Ablehnungsgrundes auf dem Wege des § 30 oder durch freiwilligen Ersatz der betr. Gerichtsperson Abhilfe geschafft werden. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist dagegen nicht möglich. StPO 44.[7]) Ihre Anwendbarkeit versagt auch in einem in der Literatur geschilderten Fall, der vom RG noch nicht entschieden wurde. Hier hatte nämlich zu Beginn der Hauptverhandlung der Angeklagte wiederholt eine dringliche Erklärung abgeben wollen. Der Vorsitzende hatte ihn aber nicht zu Worte kommen lassen, sondern nach dem Aufruf der Zeugen und Sachverständigen zunächst die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten festgestellt und sodann den Eröffnungsbeschluß verlesen. Erst nachdem dergestalt der Vorschrift von § 243 Genüge geschehen war, stellte sich heraus, daß der Angeklagte ein Ablehnungsgesuch hatte vorbringen wollen.[8]) Daß in diesem Falle ein unbedingter Revisionsgrund nach § 338 Ziff. 8 i. V. m. § 337 gegeben ist, darf im Hinblick auf die neuerliche Rechtsprechung des RG angenommen werden.[9]) Es frägt sich nun, wie hier dem Angeklagten noch im ersten Rechtszug die Möglichkeit zur Ausübung seines Ablehnungsrechts verschafft werden kann. Köhler vertritt die Ansicht, daß hier eine einfache Nachholung der Rekusation zulässig sei. So sehr eine solche Möglichkeit de lege ferenda zu begrüßen wäre, so vermag ich doch mit Rücksicht auf den Wortlaut von § 25 — „nur" —

5) RG II 14. Mai 1886 (Rspr. 8/357); FerS. 29. Aug. 1898 (JW 28/473 Nr. 1); IV 6. April 1903 (Recht 7/242 Nr. 1375); I 6. März 1922 (Recht 26/Nr. 1028); III 30. Sept. 1926 (LZ 21/115). Abw. von der auch in der Theorie herrsch. L. John, S. 341, der § 44 IV ZPO analog angewendet wissen will. Gegen ihn mit Recht Glaser, II S. 124 Fußn. 33 und RG II 14. Mai 1886 (a.a.O.).

6) Hahn, I S. 562.

7) RG FerS. 29. August 1898 (a.a.O.). A. A. Stenglein, Anm. 2 zu § 25.

8) Graf zu Dohna, Uebungen im Strafrecht und Strafprozeßrecht. (Liebmann. Berlin. 3. Aufl. 1929.) Fall XIV Abs. I (S. 43).

9) RG I 16. Februar 1923 (E 57/263). A. A. Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 18 b zu § 338.

diese Auffassung Köhlers nicht zu teilen. Dagegen kann sich der Angeklagte sicher sein Ablehnungsrecht wahren, wenn er gemäß § 265 IV die Aussetzung der Hauptverhandlung, — nicht nur ihre Unterbrechung, — beantragt. Sowohl die herrschende Lehre, wie das RG nehmen nämlich mit Recht an, daß in jeder erneuerten, — nicht bloß fortgesetzten, — Hauptverhandlung das Ablehnungsrecht geltend gemacht werden kann. Dabei ist es gleichgültig, ob in der früheren Hauptverhandlung von dem Ablehnungsrecht Gebrauch gemacht worden ist oder nicht.[10])

Die bloße Wiederholung einer Rekusationsgesuchs, das in oder vor der Hauptverhandlung bereits verworfen wurde, kann unter Mitwirkung des abgelehnten Richters ohne weiteres zurückgewiesen werden.[11]) Andernfalls hätte es ja der Angeklagte in der Hand, durch immer wiederholte, unbegründete Ablehnungsgesuche den Fortgang des Verfahrens zu vereiteln. Wird dagegen das zweite Gesuch auf neue Tatsachen gestützt, so handelt es sich um ein neues, selbständiges Gesuch, das auch einer erneuten sachlichen Entscheidung nach § 27 bedarf.[12]). Ein verspätet eingereichtes Ablehnungsgesuch ist als unzulässig zurückzuweisen. Dabei können die abgelehnten Richter selbst mitwirken.[13])

b) Form und Inhalt des Ablehnungsgesuchs.

Wie schon wiederholt erwähnt, wirkt der Rekusationsgrund i. e. S., anders als der Ausschließungsgrund, nicht schon durch seine Existenz. Er muß vielmehr rechtzeitig durch ein besonderes Ablehnungsgesuch geltend gemacht werden.

Für dieses Gesuch, das, wenn auch nicht dem Wortlaut, so doch dem Sinne nach, auf Besorgnis der Befangenheit gestützt wird, gilt die Vorschrift des § 26. Hienach ist es bei dem Gericht anzubringen, dem der abgelehnte Richter angehört. Darunter ist die jeweilige Strafkammer, der einzelne Strafsenat oder das betr. Schwurgericht zu verstehen, nicht dagegen der staats-

10) RG III 20. Juni 1889 (E 19/335). A. A. Frank, ZStRW 14/443.
11) RG III 3. November 1884 (E 11/224); III 10. Dezember 1896 (GA 44/385); V 16. Dezember 1913 (Recht 18/Nr. 872).
12) Vergl. RG I 13/20. Februar 1893 (E 24/14); Stenglein, Anm. 7 zu § 27; neuerdings auch Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 9 zu § 27 und Feisenberger, Anm. 5 zu § 25 halten bei offenbarer Unerheblichkeit des neuen Vorbringens eine erneute Entscheidung für unnötig.
13) RG IV 7. Mai 1920 (E 54/328); I 21. Sept. 1928 (DJZ 34/184).

rechtliche Gerichtskörper, dessen Mitglied der Abzulehnende ist.[1]) Eine Ausnahme gilt, wenn schon vor der Hauptverhandlung ein Mitglied des Schwurgerichts oder Schöffengerichts abgelehnt werden soll. Dann ist das Gesuch bei dem betr. Land- bezw. Amtsgericht anzubringen. Aus der Vorschrift des § 26 I ergibt sich, daß ein erst vor dem zur Entscheidung berufenen oberen Gericht oder dem Rechtsmittelgericht geschehenes Vorbringen neuer Tatsachen nicht mehr zu berücksichtigen ist.[2]) Das beneficium novorum steht also insoweit dem Gesuchsteller nicht zur Seite.

Das Ablehnungsgesuch kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Außerhalb der Hauptverhandlung kann seine Anbringung auch schriftlich erfolgen. Mit seinem Vortrag bei Beginn der Hauptverhandlung und der damit verbundenen Festhaltung in der Sitzungsniederschrift (§ 273 I) gilt es als bei dem erkennenden Gericht angebracht.[3])

Das Gesuch muß einen die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigenden Ablehnungsgrund enthalten und den Willen zum Ausdruck bringen, auf dieser Grundlage eine oder mehrere, bestimmt, wenn auch nicht namentlich bezeichnete Gerichtspersonen zu verwerfen. Nur ein in diesem Sinne vollständiges Gesuch macht den Richter i. S. der §§ 26 III, 27, 29 zu einem „abgelehnten“ und vermag die dort normierten Wirkungen auszulösen.[3]) Andernfalls kann es von dem betr. Gericht ohne Beobachtung der Vorschriften des § 27 durch Beschluß als unzulässig verworfen werden.[4])

Der Ablehnungsgrund ist regelmäßig glaubhaft zu machen, d. h. sein Vorhandensein ist zwar nicht zu „beweisen“, wohl aber mit einem nach billigen Ermessen zur Entscheidung genügenden Maß von Wahrscheinlichkeiten zu „bescheinigen“. Die bloß persönliche Ueberzeugung des Richters von der Wahrscheinlichkeit der behaupteten Tatsache ist nicht genügend bezw. erforderlich.[5]) Die Zulässigkeit der Mittel zur Glaubhaftmachung bestimmt sich trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Vorschrift in der StPO nicht nach ZPO 294.[6]) Nach den

1) Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 1 a zu § 27. A. A. John, S. 347 Ziff. 2.
2) RG I 17. Okt. 1881 (E 5/135).
3) RG V 22. Januar 1886 (E 13/304 ff.).
4) Vergl. RG I 21. Sept. 1928 (DJZ 34/184).
5) A. A. als diese herrschende Lehre Beling, S. 323 oben.
6) Bestritten. Gl. A. Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 5 zu § 45; Stenglein, Anm. 3 zu § 26. A. A. John, S. 345 c.

Motiven soll die Wahl der Mittel dem Gericht überlassen bleiben.[7]) Zur Glaubhaftmachung sind alle Beweismittel zulässig, die nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind, wobei aber Vorschriften, die sich nur auf formelle Beweisakte beziehen, außer Betracht zu bleiben haben. Infolgedessen sind privatschriftliche Erklärungen und eidesstattliche Versicherungen von Zeugen als zulässig zu betrachten.[8]) Der Eid — und damit auch die eidesstattliche Versicherung — ist zwar ausdrücklich ausgeschlossen. Diese Vorschrift bezieht sich aber offensichtlich nur auf den Beschuldigten, — Verbot des juramentum perhorrescentiae, — und ist eigentlich ebenso wie die vom § 74 III überflüssig, da die StPO die Prozeßbeteiligten zur Erhärtung ihrer Angaben durch eigenen Eid grundsätzlich nicht zuläßt.[9])

Zur Glaubhaftmachung kann auch auf das Zeugnis des abgelehnten Richters Bezug genommen werden. § 26 II 2. Dabei ist, wie sich schon aus dem Verhältnis des Gesuchstellers zum Abgelehnten ergibt und wie auch in der Reichstagskommission ausdrücklich hervorgehoben wurde,[10]) unter „Zeugnis" die in § 26 III vorgeschriebene dienstliche Aeußerung des abgelehnten Richters zu verstehen. Diese hat auch ohne besondere Bezugnahme zu erfolgen, sodaß also immer zwischen der Anbringung des Gesuchs und dessen Verbescheidung die dienstliche Aeußerung des Abgelehnten steht. Sie kann, aber muß nicht vor der Entscheidung den Prozeßbeteiligten bekannt gegeben werden.

Ob das Vorbringen des Ablehnenden glaubhaft ist, beurteilt das Gericht nach freiem Ermessen. Es kann zur näheren Prüfung auch in eine förmliche Beweisaufnahme eintreten, in der Vereidigung von Zeugen zulässig ist.[11]) Wegen der damit verbundenen Verzögerung der Hauptsache wird man jedoch ein solches Zwischenverfahren nach Möglichkeit vermeiden und es u. U. bei der bloßen Angabe von Beweismitteln, insbesondere von Zeugen, bewenden lassen.[12]) Daß bei gerichtskundigen Tat-

7) Hahn, I S. 91 § 20.
8) RG II 19. Okt. 1895 (E 28/10 ff.); I 11. April 1922 (E 57/53).
9) Einzige Ausnahme: § 56. A. A. John, S. 346.
10) Hahn, II S. 1482, 1504.
11) RG IV 30. Dezember 1907 (Akt.Z. 4 D 976/07; unveröffentlicht; zit. bei Feisenberger, Anm. 7 zu § 26).
12) Vergl. Motive bei Hahn, I S. 91 § 20; OLG München 7. Febr. 1899 (OLG Mchn St 10/229).

sachen sich selbst eine solche Angabe erübrigt, bedarf nur der Andeutung.

c) Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch.

aa) Die Zuständigkeit.

Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch trifft das Gericht, dem der Abgelehnte angehört. § 27 I.[1]) Bei ihr darf der rekusierte Richter nicht mitwirken, so daß hier, wie Gerland[2]) mit Recht betont, ein weiterer echter Ausschließungsgrund gegeben ist. Dieses Teilnahmeverbot gilt jedoch nicht, wenn das Gesuch, wie früher bereits dargelegt, offensichtlich nur zur Verschleppung vorgebracht wird oder aus einem anderen Grunde unbeachtlich ist. Ebenso steht der Mitwirkung des abgelehnten Richters bei der Entscheidung über ein gegen eine andere Gerichtsperson geltend gemachtes Gesuch nichts im Wege, nachdem das Gesuch, so weit es ihn selbst betraf, bereits zurückgewiesen ist.

Ueber die Ablehnung eines Berufsrichters sollen die Laienrichter nicht mitentscheiden. Deshalb ist der Begriff des Gerichts, „dem der Abgelehnte angehört", durch die Ausnahmevorschriften der Absätze II und III von § 27 gegenüber dem gleichen Begriff in § 26 I verändert. Wird nämlich ein richterliches Mitglied der erkennenden Strafkammer abgelehnt, so entscheidet die Strafkammer in der für Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung vorgeschriebenen Besetzung, also gemäß GVG 76 I. Bei der Ablehnung des Mitglieds einer auswärtigen Strafkammer, der gemäß GVG 78 I für ihren Bezirk nur ein Teil der Tätigkeit der landgerichtlichen Strafkammer zugewiesen ist, entscheidet die Strafkammer des Landgerichts über das Gesuch.[3]) Ueber die Ablehnung eines richterlichen Mitglieds des Schwurgerichts entscheiden während der Tagung die richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts, außerhalb der Tagung die der Strafkammer. § 27 II 2. Vergl. GVG 82 II. Dies gilt auch dann, wenn der Abgelehnte dem OLG entnommen ist.[4]) Ueber

1) Ueber diesen Begriff vergl. oben S. 56 b).
2) S. 59 ß.
3) RG II 22. Februar 1908 (E 41/118); III 13. April 1916 (Recht 26/Nr. 1052).
4) Ullmann, Lehrb. S. 177.

die Ablehnung von Geschworenen entscheiden die richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts. StPO 32 2.

Ebenso wie auf Geschworene können die Bestimmungen von § 27 auch auf Schöffen und Gerichtsschreiber keine entsprechende Anwendung finden, weil im § 31 II und III für diese Personengruppen Sondervorschriften getroffen sind. Ueber die Ausschließung oder Ablehnung eines Schöffen entscheidet nämlich der Vorsitzende. Vergl. GVG 29 I, 62 I, 76 II. Dies gilt auch für das erweiterte Schöffengericht von GVG 29 II. In der großen Strafkammer entscheiden dagegen die richterlichen Mitglieder, d. h. die drei Berufsrichter. GVG 76. Im großen Jugendgericht ist zur Entscheidung über die Ausschließung oder Ablehnung eines Schöffen der Vorsitzende berufen. JugGG 24 II. Erweist sich ein Schöffe als relativ unfähig oder wird er mit Erfolg abgelehnt, so ist er gemäß GVG 49 zu ersetzen.

Ueber die Ausschließung oder Ablehnung eines Gerichtsschreibers entscheidet gemäß StPO 31 III das Gericht oder der Richter, dem er beigegeben ist. Dabei ist unter der Wendung „der Richter" sowohl der Amtsrichter wie der Untersuchungsrichter wie der beauftragte Richter zu verstehen. Die Entscheidung über Ausschließung oder Rekusation des Gerichtsschreibers bildet ebenso wie die Frage nach der Mitwirkung von Berufsrichtern und Schöffen ein Zwischenverfahren, das keinen Bestandteil der Hauptverhandlung darstellt. Infolgedessen nehmen die Schöffen und Geschworenen an dieser Entscheidung nicht teil. Vergl. GVG 30 I, 77 I.[5])

Wird ein Untersuchungsrichter oder ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet das Landgericht, d. h. dessen Strafkammer. GVG 73 II. Diese Ausnahme gilt eigentlich nur für den Amtsrichter, da der Untersuchungsrichter, wenn er nicht selbst Amtsrichter ist, ohnehin dem Landgericht angehört. Ueber die Ablehnung des vom RG bestellten auswärtigen Untersuchungsrichters — StPO 186 II — entscheidet der durch den Geschäftsverteilungsplan bestimmte Strafsenat des RG. GVG 137, 73 I 2.[6]) Ueber die Ausschließung oder Ablehnung eines richterlichen Mitglieds des großen Jugendgerichts entscheidet die Strafkammer. JugGG 24 II 2. Unter dem Amtsrichter i. S.

5) So neuerdings Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 5. A. A. Doerr, Anm. 1 zu § 30 GVG; Feisenberger, Anm. 4; Kohlrausch, Anm. 4.
6) Glaser, II S. 126; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 5; Stenglein, Anm. 4; Ullmann, Lehrb. S. 177. Abweichend John, I S. 352.

von § 27 III ist der als Einzel-, Schöffen- oder ersuchter Richter tätig werdende, dagegen nicht auch der in einer Strafkammer, selbst keiner auswärtigen, mitwirkende Amtsrichter zu verstehen. Vergl. StPO 27 II 1.

In § 27 II 2 wird weiterhin bestimmt, daß es einer Entscheidung nicht bedarf, wenn der Abgelehnte das Ablehnungsgesuch für begründet hält. Aus der Stellung dieser Vorschrift ergibt sich schon, daß sie nur für die Ablehnung eines Untersuchungsrichters oder Amtsrichters gedacht ist. Durch Umkehrschluß folgt aber auch, daß bei der Ablehnung von Mitgliedern eines Kollegiums immer eine Entscheidung des betr. Gerichts notwendig ist, mögen nun die Abgelehnten das Gesuch für begründet halten oder nicht.[7]) Die Vorschrift von § 27 II 2 gibt die Möglichkeit, im Falle der Zustimmung des Abgelehnten zu dem Rekusationsgesuch dem Antrag ohne weiteres zu entsprechen, sie schließt indessen die Zulässigkeit einer eigenen Entscheidung nicht schlechtweg aus. Diese Entscheidung wird besonders dann zu treffen sein, wenn trotz der Erklärung des Abgelehnten die Begründetheit des Gesuchs bedenklich erscheint.[8])

Da der Abgelehnte an der materiellen Entscheidung über das ihn betreffende Gesuch nicht teilnehmen darf, der Grundsatz von GVG 192 I aber auch für diese Entscheidung gilt, muß der rekusierte Richter durch einen anderen ersetzt werden. Ist eine Ergänzung des Gerichts nicht mehr möglich, auch auf dem Wege des § 67 GVG keine Abhilfe mehr zu schaffen, so liegt Beschlußunfähigkeit vor. Dann ist gemäß StPO 27 IV das zunächst obere Gericht zur Entscheidung berufen. In Hinblick auf § 27 II sind darunter das OLG und das RG zu verstehen. Letzteres ist oberes Gericht gegenüber dem OLG, dagegen nicht gegenüber dem bayer. ObLG.[9]) Hält das obere Gericht die Ablehnung für gerechtfertigt, so kann es mit seiner Entscheidung zugleich gemäß StPO 15 das für das weitere Verfahren zuständige Gericht bestimmen.

---

7) RG II 10. Februar 1882 (E 5/438 ff.); IV 7. Okt. 1890 (GA 38/426).

8) Ebenso Daude-Daude, Anm. 56; Feisenberger, Anm. 7; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 7. RG siehe Fußn. 6, ferner I 27. April 1914 (LZ 8/1571). A. A. Glaser, II S. 122; Voitus, Kontr. II S. 460 ff.; Motive zur ZPO S. 88.

9) Bayer. ObLG 1. Mai 1908 (LZ 12/711).

bb) Das Entscheidungsverfahren.

Wie bereits erwähnt, kann ein Ablehnungsgesuch vor der Hauptverhandlung angebracht und auch entschieden werden. In einem solchen Falle finden die allgemeinen Grundsätze von StPO 33—35 Anwendung, insbesondere erfolgt die Bekanntmachung der Entscheidung durch Zustellung an die Beteiligten. § 35 II.

Wird das Gesuch dagegen rechtzeitig nach Beginn der Hauptverhandlung gestellt oder ist es zu Beginn noch nicht entschieden, so muß die Verhandlung unterbrochen oder vertagt werden, da für die Erledigung dieses Zwischenverfahrens in der Hauptverhandlung kein Raum ist. Das ergibt sich schon aus der Notwendigkeit des Eintritts eines neuen Richters und der damit verbundenen Verletzung der Vorschrift von StPO 226 über die Konzentration der Hauptverhandlung. Aus GVG 122 I und 139 2 folgt, daß die Zahl der über das Gesuch entscheidenden Richter eine geringere sein kann als die Zahl der an der Hauptverhandlung teilnehmenden.[10])

Es wurde weiterhin bereits erwähnt, daß eine mündliche Verhandlung und insbesondere eine förmliche Beweisaufnahme zwar zulässig, aber nicht unbedingt erforderlich ist. Die Bestimmungen der StPO über die Hauptverhandlung, insbesondere über deren Mündlichkeit und Unmittelbarkeit brauchen nicht beachtet zu werden. Es bedarf infolgedessen keiner Wiederholung des Ablehnungsgesuchs oder dessen Begründung vor den neu eingetretenen Ersatzrichtern.[11]) Die Entscheidung über das Gesuch wird, — anders als bei der Entscheidung vor der Hauptverhandlung, — mit der amtlichen Bekanntmachung ihres Inhalts an einen der Prozeßbeteiligten für alle Prozeßbeteiligten wirksam, denn von diesem Augenblick an kann sie nicht mehr geändert werden.[12]) Mit der Kenntnis von der Erledigung des Ablehnungsgesuchs wird für den „abgelehnten" Richter die Bahn zur Ausübung seines Richteramtes wieder frei. Das RG hält deshalb sogar seine Mitwirkung bei der Verkündung des

10) Vergl. RG II 19. Dez. 1890 (E 21/250 ff.); IV 27. Okt. 1914 (E 49/11).
11) RG IV 22. Jan. 1886 (E 13/305; Rspr. 8/91).
12) Vergl. RG IV 17. Oktober 1911 (GA 59/351); Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 1 b.

die Ablehnung zurückweisenden Beschlusses für zulässig.[13])

d) Rechtsmittel.

Der Beschluß, der das Ablehnungsgesuch für begründet erklärt, ist jeder Anfechtung durch ein Rechtsmittel entzogen. StPO 28 I 1. Halbsatz. Der Grund dieser Vorschrift ist das Fehlen eines praktischen Bedürfnisses und die Tatsache, daß die Prozeßbeteiligten kein Recht haben, ihre Angelegenheit durch bestimmte Richter untersucht und entschieden zu sehen.[1]) Der Beschluß selbst stellt eine endgültige Entscheidung dar, an die das Gericht für den weiteren Lauf des Verfahrens gebunden ist und zwar auch dann, wenn sich später herausstellen sollte, daß dem Ablehnungsgesuch zu Unrecht entsprochen wurde.[2])

Dagegen kann der Beschluß, der das Gesuch für unbegründet erklärt, mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. StPO 28 I 2. Halbsatz. Dabei ist Voraussetzung, daß eine übergeordnete Instanz überhaupt noch vorhanden ist. Dies trifft für den Fall einer Entscheidung durch das OLG zu. Die Vorschrift von StPO 304 III, welche Beschlüsse des OLG der Anfechtung durch Beschwerde entzieht, greift also insoweit nicht Platz.[3]) Die sofortige Beschwerde selbst bestimmt sich nach § 311. Sie ist also besonders binnen der Frist von einer Woche, beginnend mit der Bekanntmachung der Entscheidung, einzulegen.

Ein Beschluß, der ein gegen einen erkennenden Richter angebrachtes Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt, kann dagegen nicht für sich allein, sondern nur mit dem Urteil angefochten werden. StPO 28 II. Dabei ist erkennender Richter jeder Richter, der nach Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Sache befaßt ist, mag er auch nur den Termin zur Hauptverhandlung anberaumt

13) RG I 26. Sept. 1924 (E 58/288); a. A. allerdings das dort zitierte unveröffentlichte Urteil des II. StrafS. vom 16. Juni 1924 (Akt.Z. II/131/24), das aber in diesem Vorgehen keinen Revisionsgrund nach § 338 Ziff. 3 erblickte, sodass sich eine Entscheidung der vereinigten Strafsenate gemäß GVG 136 I erübrigte.

1) Vergl. Motive bei Hahn, I S. 91 § 22 und Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 1.

2) So in einem die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betreffenden, aber wegen § 46 II entsprechend gelagerten Fall RG IV 24. Sept. 1907 (E 40/272).

3) Ebenso Gerland, S. 59 ε; Glaser, II S. 127 5. A. A. Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 2; Kohlrausch, Anm. 1; RG III 27. Sept. 1882 (E 7/175).

haben. Indessen ist auch der Richter, der einen Strafbefehl erlassen hat, mit hieher zu rechnen. Auch er ist erkennender Richter, da bei rechtzeitigem Einspruch gegen den Strafbefehl ohne weiteres zur Hauptverhandlung geschritten wird.[4])

Grundsätzliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 28 II ist die Eröffnung des Hauptverfahrens. Ist diese einmal erfolgt, so ist es gleichgültig, ob das Ablehnungsgesuch noch vor der Hauptverhandlung oder erst innerhalb derselben angebracht und zurückgewiesen worden ist.[5]) Dagegen kann der Beschluß, der das Ablehnungsgesuch gegen einen schon vorher mit der Sache befaßten und auch zur Mitwirkung bei der Entscheidung berufenen Richter verworfen hatte, trotz der nachträglich erfolgten Eröffnung des Hauptverfahrens noch mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden.[6])

Nach § 28 II kann die Zurückweisung eines gegen einen erkennenden Richter angebrachten Ablehnungsgesuchs nur mit dem ergehenden Urteil angefochten werden. Dabei ist also Voraussetzung, daß dieses Urteil überhaupt einem Rechtsmittel unterliegt. Ist dies der Fall, so hat die Einlegung des Rechtsmittels gegen den zurückweisenden Beschluß in den Formen der Berufung oder Revision zu erfolgen, ohne daß jedoch dadurch seine Natur als Beschwerde berührt würde. Infolgedessen ist auch das Revisionsgericht nicht an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden. Es kann vielmehr in eine sachliche Prüfung des angefochtenen Beschlusses eintreten und zu diesem Zwecke erforderlichenfalls Beweise erheben.[7]) Daß es dabei nur von den in der ersten Instanz geltend gemachten Ablehnungsgründen und Tatsachen auszugehen hat, wurde bereits erwähnt. In den Fällen der Sprungrevision — § 335 I — ist wegen der Unzulässigkeit prozessualer Rügen, zu denen auch die Anfechtung eines Beschlusses im Sinne von § 28 gehört, diese Anfechtung überhaupt ausgeschlossen.[8])

4) Bestritten. Gl. A. Feisenberger, Anm. 2 und die neueren Beschlüsse des bayer. ObLG, z. B. 25. Nov. 1924 (GA 69/245). A. A. Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 3, sowie die frühere Praxis des bayer. ObLG.

5) RG III 27. September 1882 (a.a.O.); I 28. September 1891 (E 22/195; JW 20/503).

6) OLG München 6. Febr. 1885 (OLG Mchn St 3/433).

7) So die in Schrifttum und Rechtsprechung herrschende Lehre. Vergl. z. B. RG I 28. Sept. 1891 (E 22/136) und die dort gegebenen Verweisungen. Vergl. auch Hahn, I S. 562.

8) Bayer. ObLG I 14. März 1924 (Bayer. Zeitschr. 20/93 III; Alsberg, I S. 71 Nr. 83).

6. Die Wirkungen der Ablehnung

a) bei noch nicht entschiedenem Gesuch.

Ein wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnbarer, aber nicht rekusierter Richter ist zur Vornahme aller richterlichen Handlungen befugt. Dagegen darf ein Richter, gegen den ein noch nicht erledigtes Ablehnungsgesuch läuft, nur unaufschiebbare Handlungen vornehmen. StPO 29. Gleiches gilt für den Gerichtsschreiber, dagegen nicht auch für Schöffen und Geschworene.[1]) Der Gesetzgeber wählte diese Regelung, weil ein mit der bloßen Anbringung des Gesuchs verbundener Ausschluß von allen richterlichen Handlungen zu einem Mißbrauch des Ablehnungsrechts durch den Angeschuldigten führen könnte.[2]) Die Bestimmung des § 29 schließt eine freiwillige und zunächst vorübergehende Ersetzung des rekusierten Richters auch in Bezug auf die unaufschiebbaren Handlungen keineswegs aus. Soweit überhaupt durchführbar, wird sich schon mit Rücksicht auf das Ansehen der Strafrechtspflege eine solche Ersetzung allgemein empfehlen.

Wie schon ausgeführt, muß bereits mit der amtlichen Bekanntgabe seines Inhalts an einen der Prozeßbeteiligten, auch den betr. Richter selbst, das Ablehnungsgesuch als erledigt gelten. Kann die Zurückweisung noch mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden, so tritt Erledigung erst ein, wenn von dieser Möglichkeit binnen der Einwochenfrist des § 311 II 1 kein Gebrauch gemacht oder die Beschwerde verworfen wurde.

Die Gültigkeit von unaufschiebbaren Handlungen wird nicht dadurch berührt, daß später die geltendgemachte Besorgnis der Befangenheit anerkannt wird. Die Entscheidung des Gerichts wirkt also nur ex nunc. Ob eine Handlung unaufschiebbar ist, beurteilt der Richter, bezw. das Kollegium. Ihre Dringlichkeit ist aktenkundig zu machen. Eine Wiederholung der von dem Richter vorgenommenen Handlungen ist nach erfolgreicher Ablehnung zulässig, aber nicht obligatorisch.

Der § 29 bezieht sich nur auf einen wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnten Richter, da ein kraft Gesetzes ausgeschlossener Richter zu allen Handlungen unfähig ist. Die Bestimmung ist indessen auch anzuwen-

1) Feisenberger, Anm. 1 zu § 31; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 1 zu § 31.
2) Vergl. Motive bei Hahn, I S. 92 § 23.

den, wenn das Ablehnungsgesuch auf einen offensichtlich nicht gegebenen Ausschließungsgrund gestützt wird, da andernfalls ihr in den Motiven klar zum Ausdruck kommender Zweck, nämlich Mißbräuche des Ablehnungsrechts zu vermeiden,[2]) vereitelt werden könnte.[3])

b) bei erfolgreichem Gesuch.

Eine wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnte Gerichtsperson ist vom Zeitpunkt der Anerkennung des Ablehnungsgesuchs einem absolut oder relativ unfähigen Richter völlig gleichgestellt. Sie darf also kraft dieser Entscheidung für alle folgenden Verfahrensabschnitte keinerlei Amtshandlungen mehr vornehmen, selbst nicht bei Gefahr im Verzug. An die Stelle des ausscheidenden Richters tritt sein regelmäßiger oder zeitweiliger Stellvertreter. Vergl. GVG 63, 66, 67. Ist eine Ergänzung nicht möglich, so muß auf dem Wege von StPO 15 Abhilfe geschaffen werden.

Ueber die Wirkungen der trotzdem von der erfolgreich abgelehnten Gerichtsperson vorgenommenen Prozeßakte herrscht Streit. Nach richtiger Ansicht sind solche Handlungen grundsätzlich nichtig, d. h. schlechtweg ungültig.[1]) Von diesem Prinzip besteht indessen eine beachtenswerte Abweichung. Handelt es sich nämlich bei dem fraglichen Prozeßakt um die Mitwirkung bei einer Entscheidung, so kann seine Nichtigkeit nur durch ein Rechtsmittel geltend gemacht werden. StPO 338 Ziff. 2 und 3. Andernfalls tritt Heilung ein, d. h. die Amtshandlungen werden rechtsgültig.[2]) Es handelt sich deshalb hier nur um eine relative Nichtigkeit, die mit dem Augenblick der Unanfechtbarkeit der betr. Entscheidung

---

2) Vgl. Motive bei Hahn, I S. 92 § 23.
3) Ebenso Gerland, S. 58; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 2.
1) Ebenso oder wenigstens ähnlich Binding, S. 88 IV; Birkmeyer, S. 251 § 45 I; Gerland, S. 58 b, 56 2; Glaser, I S. 670 oben, II S. 131 3; Heimberger, S. 97; Keller, (2. Aufl.) S. 28; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 2 zu § 22; Schwarze, Anm. 2 zu § 23; Ullmann, S. 179 VII ff. — A. A. Feisenberger, Vorbem. 1 und 2 zum 3. Abschnitt, Vorbem. 6 zum 2. Buch; John, I S. 305 ff.; Kries, S. 123 ff.; Stenglein, Anm. 3 zu § 22; Voitus, Kontr. II S. 450 ff. — Vergl. RG II 29. Febr. 1884 (Rspr. 6/161 ff.). Vergl. ferner Motive bei Hahn, I S. 92 § 24.
2) Vergl. RG I 24. Juni 1880 (E 2/121 ff.; Rspr. 2/105 ff)); II 29. Januar 1884 (E 10/58); II 9. Nov. 1920 (E 55/113); OLG Hamm 18. Nov. 1924 (Alsberg, II Nr. 116 S. 154 ff.); OLG Königsberg 2. April 1925 (HöchstrRR I S. 259 unten).

wirkungslos wird. Dagegen sind sonstige Amtshandlungen, also alle anderen Prozeßakte als Entscheidungen, absolut nichtig. Sie können überhaupt nicht als gerichtliche Handlungen betrachtet werden und bedürfen infolgedessen auch nicht einer besonderen Ungültigkeitserklärung oder Aufhebung. Ihre Nichtigkeit ist von Amtswegen zu beachten.[3])

Das von den Gegnern dieser Theorie ins Feld geführte Argument besagt meist, daß in der StPO die Nichtigkeit überhaupt keine Regelung gefunden habe. Das ist richtig. Allein dies ist geschehen, nicht weil die Nichtigkeit dem Wesen des Deutschen Strafprozesses fremd wäre, sondern weil ihre Regelung nicht in das System der StPO hineinpaßt. Wenn eine allgemeine Nichtigkeit geleugnet wird, so geschieht das, wie Binding[4]) mit Recht betont, aus der Verwechslung von abstraktem Recht und prozessualen Folgen heraus.

Es kann nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein, offenbare Verstöße gegen seinen Wortlaut mit Rechtswirkungen auszustatten und nur Entscheidungen, die auf solchen Verstößen beruhen, der Aufhebung zu unterwerfen. Wenn es in den §§ 22 ff. heißt, daß ein Richter von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, so ergibt sich eben daraus die grundsätzliche Nichtigkeit der entgegen diesem Verbot vorgenommenen Amtshandlungen. Wer das Gegenteil behauptet, stempelt sämtliche Vorschriften über die Untauglichkeit der Gerichtspersonen zu leges imperfectae, einen Teil von ihnen zu bloß instruktionellen Bestimmungen, deren Beobachtung der Gesetzgeber zwar wünscht, aber nicht für unerläßlich erklärt.[5])

7. Die Entscheidung von Amtswegen.

Wenn kein Ablehnungsgesuch gestellt worden ist, ein Richter aber von einem Verhältnis Anzeige macht, das die Rekusation rechtfertigen könnte, so ist von Amtswegen eine Entscheidung zu treffen. StPO 30. Vergl. auch ZPO 48 I. Zu dieser Entscheidung ist das nach § 27 für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht berufen. Wenn also durch das Ausscheiden des „verdächtigen" Richters das eigentlich zuständige Gericht

3) RG IV 4. Mai 1897 (E 30/72).
4) S. 88 IV.
5) Vergl. dazu Ullmann, ZStRW 5/42 Anm. 27.

beschlußunfähig wird, so entscheidet das zunächst obere Gericht. Geht die Selbstanzeige von einem Untersuchungsrichter oder Amtsrichter aus, so entscheidet das Landgericht. § 27 III 2 findet also hier keine entsprechende Anwendung.[1])

Der Richter ist zu der Selbstanzeige des § 30 verpflichtet, gleichgültig ob das evtl. die Ablehnung begründende Verhältnis ein Ausschließungs- oder Rekusationsgrund i. e. S. ist.[2]) Ob ein solches Verhältnis vorliegt, beurteilt der Richter nach freiem Ermessen. Deshalb gibt eine, trotz Bestehens eines Ablehnungsgrundes i. e. S. unterlassene Anzeige keinen Revisionsgrund ab, da es sich nicht um die Verletzung einer Rechtsnorm handelt.[3])

Ein Selbstablehnungsrecht des Richters im Sinne einer Befugnis zur Verweigerung der Erfüllung richterlicher Pflichten bei Befangenheitsanzeige ist in § 30 nicht normiert. Gegen die Entscheidung, daß ein Ablehnungsgrund nicht vorliege, steht infolgedessen dem betr. Richter auch kein Rechtsmittel zu.[4])

Wenn ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen ist und hierüber keine Zweifel bestehen, so scheidet er ohne besonderes Verfahren aus. Ergeben sich dagegen Zweifel über seine relative Unfähigkeit, so muß auch hier eine besondere Entscheidung getroffen werden. StPO 30. Die Zweifel müssen sich im Gericht ergeben.[5]) Ist dies der Fall, so sind sie stets von Amtswegen zu erörtern und zu erledigen.[6]) Sie können ihre Entstehung nicht nur dem Hinweis eines Richters, sondern auch dem einer Partei verdanken. Zweifel eines Ablehnungsberechtigten, die vom Gericht nicht geteilt werden, genügen nicht. Dagegen bringt bereits die Tatsache, daß nur ein richterliches Mitglied Zweifel hegt, den § 30 zur Anwendung. Dieses eine Mitglied braucht nicht der betr. Richter zu sein.[5])

Bestritten ist die Frage, welcher Charakter der Entscheidung nach § 30 zukomme. Nach der richtigen Ansicht

---

1) Vergl. Gerland, S. 59 b α.
2) A. A. John, S. 363 und scheinbar auch Stenglein, Anm. 1, die eine solche Verpflichtung nur beim Vorliegen von Ausschließungsgründen annehmen.
3) RG II 29. Sept. 1903 (Akt.Z. 2 D 1473/03; unveröffentlicht; zit. bei Feisenberger, Anm. 2 und bei Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 3).
4) OLG München 23. Nov. 1888 (GA 37/223 ff.); OLG Breslau 29. Aug. 1901 (GA 51/68).
5) Meyer, Seuff. Blätter f. RA 71/215, zu I.
6) Glaser, II S. 128 VIII 1; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 2; Meyer, a.a.O.; Stenglein, Anm. 1.

ist sie als eine interne, für die übrigen Prozeßbeteiligten nicht bestimmte Angelegenheit des Gerichts anzusehen, die wegen ihrer diskretionären Eigenschaft den Parteien nicht bekannt gemacht werden muß,[7]) infolgedessen aber auch etwaigen noch rechtzeitig gestellten Anträgen der Ablehnungsberechtigten in keiner Weise vorgreift. Solche Anträge sind vielmehr durch eine besondere Entscheidung zu erledigen. Der das Ausscheiden des Richters anordnende Beschluß wirkt wie eine Entscheidung, die ein Ablehnungsgesuch der Parteien für begründet erklärt. Deshalb muß er als unanfechtbar angesehen werden. Das ergibt sich schon aus § 28, der insoweit analoge Anwendung zu finden hat.[8]) Aber auch der die weitere Mitwirkung des Richters aussprechende Beschluß ist wegen seines dienstlich-internen Charakters jeder Anfechtung entzogen.[9])

Die Bestimmung des § 30 findet auch auf Schöffen, Gerichtsschreiber und Geschworene nach Maßgabe der besonderen Zuständigkeitsvorschriften von StPO 31 und 32 entsprechende Anwendung.

---

7) Gl. A. (z. T.) Feisenberger, Anm. 5; Glaser, II S. 128 VIII 2; John, S. 364 3; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 4; Meyer, a. a. O. zu II; Stenglein, Anm. 2. Vergl. auch Gaupp-Stein-Jonas, ZPO 14. Aufl. Anm. II zu § 48. A. A. Gerland, a.a.O.; (z. T.) Ullmann, Lehrb. S. 175; OLG München 3. August 1886 (OLG München St. 4/284).

8) Feisenberger, Anm. 4; Löwe-Hellweg-Rosenberg, Anm. 4. RG IV 21. Mai 1897 (E 30/124).

9) A. A. OLG München 3. Aug. 1886 (a.a.O.), das unter Verkennung dieses Charakters einer Entscheidung nach § 30 fristlose Beschwerde zuläßt.

Dritter Teil

DIE ABLEHNUNG VON GERICHTSPERSONEN IM KÜNFTIGEN RECHT.

Die Ablehnung in den Reformentwürfen.

Von den vier großen Reichs-Justizgesetzen des Jahres 1877: GVG, StPO, ZPO und KO hat die StPO von Anfang an am wenigsten befriedigt. Es mag dies mit der Tatsache zusammenhängen, daß gerade in der Frage der Regelung des Strafverfahrens die verschiedenen politischen und wissenschaftlichen Ansichten aufeinanderprallen und infolgedessen jede StPO ein Kompromiß dieser widerstreitenden Meinungen darstellt. Auch die RStPO ist ein solches Kompromiß, das eben wegen seines uneinheitlichen Charakters eine Reihe von Unklarheiten, Widersprüchen und Lücken enthält.

Während sonst nach dem Erlaß großer Gesetze eine gewisse Ruhe und Entspannung einzutreten pflegt, erhob sich schon bald nach dem Inkrafttreten der StPO der dann immer wiederholte Ruf nach einer Reform des Strafverfahrens. Diese Kritik führte im Laufe der Zeit zur Aufstellung einer ganzen Reihe von Neuentwürfen, denen aber allen der Erfolg im Sinne einer durchgreifenden Umgestaltung des Strafprozesses versagt blieb.

Nachstehend soll nun die Regelung der Rekusation in diesen Reformentwürfen behandelt werden. Es sind im wesentlichen folgende:

1. Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen und Ergänzungen des GVG und der StPO, nebst Begründung, vom 6. Dez. 1894. Reichstagsverhandlungen IX. Legislaturperiode, III. Session 1894/95, 1. Anlagenband, Nr. 15.[1]) Nicht besonders angeführt wird der gleichlautende Entwurf vom 13. Dez. 1895, — Reichstagsverhandlungen IX. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, 1. Anlagenband, Nr. 73, — da er bezüglich der Ableh-

1) Abgekürzt: Ref(orm-)E(ntwurf) I.

nung die gleichen Änderungen vorsieht wie der Entwurf von 1894. Der bereits am 9. Mai 1885 vorgelegte Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen und Ergänzungen des GVG und der StPO nebst Begründung, — Reichstagsverhandlungen VI. Legislaturperiode, I. Session 1884/85, 7. (Anlagen-) Band, Nr. 399, — kann überhaupt außer Betracht bleiben, da er, abgesehen von der Aufhebung des früheren § 23 III durch Art. V (S. 2000, 2011), die Ablehnungsvorschriften nicht berührt.

2. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses. 1905.[2])
3. Entwurf einer StPO und Novelle zum GVG nebst Begründung. 1908.[3])
4. Entwurf a) eines Gesetzes betr. Änderungen des GVG,
   b) einer StPO.
   Reichstagsverhandlungen, Band 254, Nr. 1310 (Entwurf einer StPO S. 21 ff.) 1909.[4])
5. Bericht der 7. Kommission zur Vorberatung der Entwürfe
   a) eines Gesetzes betr. Änderungen des GVG,
   b) einer StPO,
   c) eines zu beiden Gesetzen gehörenden Einführungsgesetzes.
   Reichstagsverhandlungen, Band 277 und 278, Nr. 638 S. 3108—3738). 1911.[5])
6. Entwurf a) eines Gesetzes zur Änderung des GVG,
   b) eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen nebst Begründung. (Veröffentlicht unter Reichsjustizminister Schiffer.) 1920.[6])
7. Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Strafgerichte. Veröffentlicht (unter Reichsjustizminister Radbruch) in Nr. 157 des Deutschen Reichsanzeigers vom 19. Juli 1922.[7])
8. Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Strafgerichte vom 29. Mai 1923. (Veröffentlicht unter Reichsjustizminister Heinze.) Reichstagsverhandlungen, Band 378, Nr. 5884. 1924.[8])

---

2) Abgekürzt: Prot(okolle der) Ref(orm-)K(ommission).
3) Abgekürzt: RefE II.
4) Abgekürzt: RefE III.
5) Abgekürzt: N(eue) Komm(issions-) B(eschlüsse).
6) Abgekürzt: RefE IV.
7) Abgekürzt: RefE V.
8) Abgekürzt: RefE VI.

9. Amtlicher Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz, nebst Begründung. (Veröffentlicht unter Reichsjustizminister Guérard.) 1929.[9]) Dieser Entwurf enthält in seinem Art. 67 (S. 10—41) auch eine Reihe von Abänderungsvorschlägen für die StPO.

Die Abänderungsvorschläge, die diese Entwürfe für die Regelung der Rekusation vorsehen, enthalten nur zu einem Teil grundsätzliche Abweichungen vom geltenden Recht. Zu einem guten Teil beschränken sie sich, abgesehen von stilistischen Neufassungen und den durch die Abänderung anderer Prozeßmaterien notwendig gewordenen Angleichungen, auf die Klärung vorhandener Streitfragen.

Nach den Entwürfen kann das Ablehnungsgesuch auch weiterhin mit dem Bestehen eines Ausschließungsgrundes oder mit „Befangenheit" begründet werden, wobei die Wendung „Besorgnis der Befangenheit" lediglich aus „sprachlichen Gründen" (NKommB S. 3163) nicht mehr gebraucht wird. RefE II, III, IV, NKommB: § 17 I.

Bei den Bestimmungen über die relative Unfähigkeit soll die Gerichtsperson von der Ausübung ihres Amtes u. A. auch ausgeschlossen sein, wenn sie durch die strafbare Handlung unmittelbar verletzt ist, RefE II § 15 1, Begr(ündung) S. 197; III Begr. S. 66, oder den Strafantrag gestellt hat, NKommB § 15 1, vergl. auch S. 3160 ff.; RefE IV § 15 1;[10]) VII Art. 67 8. a) 1, Begr. S. 38, oder die Zustimmung zur Strafverfolgung erklärt hat, RefE VII Art. 67 8. a) 1, Begr. S. 38, oder mit dem Beschuldigten oder Verletzten verlobt ist, RefE IV § 15 II, Begr. S. 35; VII Art. 67 8. b), Begr. S. 39; vergl. auch NKommB S. 3160 3, oder schließlich mit einem von ihnen in dem Verhältnis von Pflegeeltern zu Pflegekindern steht, RefE VII, Art. 67 8. b).[11]) Daß nur sicherheits-, nicht auch wohlfahrtspolizeiliche Tätigkeit die Ausschließung begründet, stellt RefE II und III: § 15 4, Begr. S. 198 bezw. 66, ausdrücklich klar. RefE IV bringt durch die Wendung: „Amtsverrichtungen" in § 15 4 die Unerheblichkeit der sachlichen Bedeutung der früheren Tätigkeit als Staatsanwalt oder Polizeibeamter zum Ausdruck. Vergl.

9) Abgekürzt: RefE VII.

10) § 15 von RefE IV stimmt also nicht, wie in Begr. S. 35 behauptet wird, mit StPO 22 überein.

11) Diese letzere Erweiterung des Angehörigenbegriffes ist in Begr. S. 39 links oben versehentlich nicht mit erwähnt worden („nur").

auch NKommB § 15 4, Begr. S. 3161. Statt dem Anwalt des Verletzten und dem Verteidiger nach StPO 22 4 wird in RefE II § 15 4, Begr. S. 198; III § 15 4, Begr. S. 67 der Verteidiger oder Beistand des Verdächtigen und der Vertreter des Verletzten genannt. RefE IV verlangt in § 15 5, daß die Tätigkeit als Verteidiger des Beschuldigten oder als Vertreter des Verletzten „in der Sache" erfolgt ist, um so etwaige Zweifel zu beseitigen. RefE IV läßt in § 15 6 die — scheinbar auch schriftliche — Abgabe eines Gutachtens als Ausschließungsgrund gelten.[10]) Eine gleiche Bestimmung ist in § 15 5 der NKommB (vergl. auch S. 3161 Ziff. 5), vorgesehen.

Gegenüber der heute geltenden Fassung von StPO 23, die in Absatz II vom „Untersuchungsrichter" spricht, hat RefE II und III in § 16 II, Begr. S. 198 bezw. 67, diesen Ausdruck fallen gelassen und gebraucht dafür die Wendung: „wer die Voruntersuchung führt oder geführt hat". Damit kommt zum Ausdruck, daß auch der Amtsrichter, dem gemäß StPO 185 1 die Führung der Voruntersuchung übertragen worden ist, sowie der vom Präsidenten des RG bestellte Untersuchungsrichter (§ 186) nebst seinem Stellvertreter unter die Bestimmung fallen. Mit dieser Formulierung wird auch die Streitfrage, ob der Untersuchungsrichter bereits während der Führung der Voruntersuchung ausgeschlossen ist oder nicht, im Sinne der ersten Alternative entschieden. Der durch die Emminger-Verordnung dann auch weggefallene III. Absatz von StPO 23 war bereits in verschiedenen Entwürfen gestrichen worden. RefE von 1885 Art. V; I Art. II (S. 57 und 73); II und III: § 16 IV; IV § 16, Begr. S. 35; vergl. auch NKommB S. 3494, 3495, 3162. Der neueste RefE von 1929 (VII) fügt hinter StPO 23 I folgenden II. Absatz ein: „Ein Richter, der bei einer durch einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens angefochtenen Entscheidung oder bei einem die Tat betreffenden Urteil einer unteren Instanz mitgewirkt hat, ist von der Mitwirkung bei Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren kraft Gesetzes ausgeschlossen." Als Vorbild dieser Bestimmung dienten der § 21 IV der Wuchergerichts-VO vom 13. Juli 1923 (RGBl I S. 724) und gleichartige Vorschriften für das Verfahren bei außerordentlichen Gerichten. Damit sollte den berechtigten Bedenken gegen die heutige Fassung von StPO 367 I die Grundlage entzogen und eine unbe-

10) § 15 von RefE IV stimmt also nicht, wie in Begr. S. 35 behauptet wird, mit StPO 22 überein.

fangenere Nachprüfung als bisher gewährleistet werden. Begr. S. 39. Ein ähnlich formulierter Antrag war in der Reichstagskommission von 1910 abgelehnt worden. NKommB S. 3162.

Den heutigen § 24 StPO lassen die Reformentwürfe sachlich unverändert. Nur dehnen ihn RefE II und III in § 17 I, Begr. S. 199 bezw. 67, ebenso wie die NKommB in § 17 I, Begr. S. 3163, auch auf die Schöffen aus, während RefE IV in § 17 I, Begr. S. 35, auch die Geschworenen einbezieht, deren freie Verwerfung er, wie 1924 dann auch Gesetz geworden, wegfallen läßt. Begr. S. 9. Die gleiche Ausdehnung auf Schöffen, bezw. auch auf Geschworene findet sich übrigens in den an die Stelle des heutigen § 22 tretenden Vorschriften der Entwürfe.

Statt eines „Grundes", der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen, wird das Vorliegen entsprechender „Tatsachen" verlangt. RefE II, III, IV, NKommB: § 17 II. Dadurch soll jedoch keine sachliche Änderung des geltenden Rechts im Sinne einer Erschwerung der Ablehnung eintreten. NKommB S. 3163.

Anders als StPO 24 III 1 sprechen die Entwürfe das Ablehnungsrecht schlechtweg allen „Prozeßbeteiligten" zu. RefE II, III: § 18 I 1, und klären dadurch die Streitfrage, ob auch der Privat- und Nebenkläger sowie die Verwaltungsbehörde im Falle des § 427 und 428 I StPO und der Einziehungsinteressent des objektiven Verfahrens rekusieren können. Begr. S. 199 bezw. 67/68. Ebenso RefE IV, § 18 I; NKommB § 18. Ein Antrag, der Staatsanwaltschaft kein Ablehnungsrecht zu geben, wurde in der Reichstagskommission von 1910 abgelehnt. NKommB S. 3163 ff.

Nach den Entwürfen sind auf Verlangen der Prozeßbeteiligten die „zur Ausübung des Richteramtes" berufenen Personen namhaft zu machen. RefE II, III: § 18 I 1; IV § 17 III. Dadurch wird die offensichtlich zu enge Fassung von StPO 24 III 2 verbessert. Die NKommB nennen in § 17 III neben den Prozeßbeteiligten auch noch den Verteidiger. Begr. S. 3163.

An Stelle von StPO 25 wird als zeitliche Grenze für die Ablehnung wegen Befangenheit in der Hauptverhandlung erster Instanz die Verlesung der Anklageformel, bezw. des Anklagesatzes, in der Berufungsinstanz die Verlesung des angefochtenen Urteils, im Verfahren auf Rechtsrüge die Berichterstattung bezeichnet. RefE II, III, IV, NKommB: § 19. Vergl. auch ProtRefK Bd. II,

S. 403. Diese abweichende Gestaltung ist durch den Wegfall des Eröffnungsbeschlusses und der Berichterstattung vor dem Berufungsgericht bedingt. Begr. RefE II S. 200, III S. 69, IV S. 35. Daß die Präklusivfrist auch gilt, wenn der Ablehnungsgrund erst nach dem angegebenen Zeitpunkt entstanden oder dem Berechtigten bekannt geworden ist, wird in § 19 von RefE II durch die dreimalige Verwendung des Wortes: „nur" angedeutet. Ein Antrag, der für diesen Fall eine Ausnahme vorsah, wurde in der Reichtagskommission von 1910 zurückgezogen. NKommB S. 3164. Nach Art. 67 10 des RefE VII ist die Ablehnung in der Hauptverhandlung erster Instanz spätestens bis zum Beginn der Vernehmung des Angeklagten zur Sache geltend zu machen. Dadurch soll die Stellung des Angeklagten verbessert werden. Begr. S. 38.

Ebenso wie die StPO im § 25 verlangen auch die Entwürfe die Anbringung des Gesuchs bei dem Gericht, dem der Abgelehnte angehört. Im Gegensatz zum geltenden Recht sehen sie aber eine Ausnahme vor, wenn der Untersuchungsrichter, ein beauftragter Richter oder der Amtsrichter abgelehnt werden soll. Hier ist die Rekusation bei der betr. Gerichtsperson selbst geltend zu machen. RefE II, III, IV (ohne den Untersuchungsrichter), NKommB: § 18 II. Der Grund dieser Abweichung ist die, später noch zu erwähnende Bestimmung des § 20 III 2 von RefE II und III und des § 20 I 3 von RefE IV. Begr. S. 199 bezw. 68 bezw. 35. Daß unter dem „Gericht, dem der Abgelehnte angehört", nicht der gerichtsorganisatorische Verband, bei dem der Betreffende angestellt ist, zu verstehen ist, sondern das Gericht, als dessen Mitglied er gerade in der Sache sein Amt ausübt, wird besonders betont. Die Vorschrift, daß die Ablehnung zu Protokoll des Urkundsbeamten erklärt werden könne, — StPO 26 I, — wird wegen der Aufnahme einer allgemeinen Bestimmung in den § 37 I von RefE II und III nicht wiederholt. Begr. RefE II S. 199/200, III S. 68.

Ebenso wie im geltenden Recht ist der Ablehnungsgrund glaubhaft zu machen, wobei sich der Ablehnende — RefE II, III: § 18 III — auf das Zeugnis des Abgelehnten beziehen, bezw., — RefE IV, NKommB: § 18 III — auf den Abgelehnten berufen kann. Zur Beseitigung bestehender Zweifel wird nicht, wie in StPO 26 II 1, der Eid schlechthin, sondern nur der Eid oder die Versicherung an Eidesstatt durch den Ablehnenden als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. RefE II, III, NKommB: § 18 III. Eidliche Versicherungen Dritter kön-

nen also zur Glaubhaftmachung verwendet werden. Die eidesstattliche Versicherung des Ablehnenden wurde deshalb besonders für unzulässig erklärt, weil die Entwürfe II und III im Gegensatz zur StPO eine solche Versicherung sonst an anderen Stellen (§§ 51, 52) ausdrücklich zulassen. Begr. RefE II S. 200, III S. 69. Nach RefE IV § 18 III 2 kann sich der Ablehnende zur Glaubhaftmachung jedes Beweismittels bedienen. Da darunter die gewöhnlichen Beweismittel des Strafverfahrens zu verstehen sind, bedurfte es hier keines ausdrücklichen Verbots der eidlichen Erhärtung durch den Gesuchsteller. Begr. S. 35. Nach § 18 III 4 der NKommB soll der Ablehnende auf das Erfordernis der Glaubhaftmachung die Möglichkeit einer Bezugnahme auf den Abgelehnten und das Verbot des juramentum perhorrescentiae hingewiesen werden. Begr. 3163/3164. Da der RefE von 1929 (VII) in begrüßenswerter Weise den Eid weitgehend durch die „Versicherung unter Berufung auf die Pflicht zur Wahrheit" ersetzt, — vergl. z. B. seine §§ 57, 59, 60, — schlägt er in Art. 67 10 vor, hinter die Worte: „der Eid" von StPO 26 II 1 die Worte: „oder die Versicherung unter Berufung auf die Pflicht zur Wahrheit" einzufügen. Begr. S. 39, 42 ff.

Daß sich der Abgelehnte über den Rekusationsgrund dienstlich zu äußern hat, ist auch in den Entwürfen vorgesehen. RefE I fordert zwar in Art. II ausdrücklich die Aufhebung dieses III. Absatzes von StPO 26; er normiert dafür aber eine Verpflichtung des Abgelehnten zur dienstlichen Äußerung für den Fall, daß das Gesuch nicht als unzuläßig verworfen wird. Vergl. auch RefE II, III, NKommB: § 21 I 2; IV § 21 II 1.

Eine gegenüber dem geltenden Recht durchaus neue Bestimmung sehen die Entwürfe für die Behandlung von Ablehnungsgesuchen vor, die verspätet, ohne Angabe eines Grundes, ohne Glaubhaftmachung der zur Begründung vorgebrachten Umstände oder schließlich offenbar nur in Verschleppungsabsicht gestellt werden. Solche Gesuche sollen künftig durch das Gericht als unzulässig verworfen werden, ohne daß der so „Abgelehnte" dabei auszuscheiden hätte. RefE II, III, IV, NKommB: § 20; Begr. S. 196/197 und 200 bezw. 65/66 bezw. 35 bezw. 3164/3165; ProtRefK Bd. II S. 200 ff., Bd. I S. 15. Diese Regelung ist nichts anderes als die zum Gesetzesvorschlag erhobene Ansicht, wie sie vom RG aus allgemeinen Grundsätzen wiederholt vertreten wurde. Nach Art. II des RefE I soll, — nach dem Vorbi'd des österreichischen

Rechts, — die Verwerfung durch den Vorsitzenden erfolgen, auch wenn das Gesuch gegen ihn selbst gerichtet ist. Begr. S. 74. Nach ProtRefK Bd. II S. 403 entscheiden über die Zulässigkeit des Gesuchs die richterlichen Mitglieder des Gerichts, dem der Abgelehnte angehört. Die Verwerfung des Gesuchs als unzulässig wegen offenbarer Verschleppungsabsicht darf nur durch einstimmigen Beschluß erfolgen. RefE II, III, NKommB: § 20 III 1; Begr. S. 196 bezw. 65 bezw. 3165. ProtRefK Bd. I S. 15 ff., Bd. II S. 200—202, 403. In der Reichstagskommission von 1910 fand bei der 2. Lesung ein Antrag Annahme, wonach in dem Beschluß anzugeben ist, weshalb angenommen wurde, daß das Verfahren offenbar nur verschleppt werden solle. NKommB § 20 II 2. Halbsatz, Begr. S. 3165. RefE IV gestattet im § 20 II die Verwerfung des Gesuchs als unzulässig wegen eines fehlenden Ablehnungsgrundes oder der Nichtangabe von Mitteln zur Glaubhaftmachung nur dann, wenn dieser Mangel trotz Aufforderung nicht beseitigt wird. Wenn die fehlerhafte, — d. h. verspätete, unbegründete, nicht glaubhaft gemachte oder nur in Verschleppungsabsicht vorgebrachte — Ablehnung sich gegen den Untersuchungsrichter, einen beauftragten Richter oder den Amtsrichter wendet, so kann sie gleich durch diesen verworfen werden. RefE II, III, NKommB: § 20 III 2. Diese Vorschrift gilt nicht für den Fall, daß die Entscheidung über die Rekusation eines Amtsrichters im Laufe einer Hauptverhandlung, zu der Schöffen zugezogen sind, erforderlich wird. Hier entscheidet vielmehr gemäß dem § 20 III 1 das Gericht, d. h. Amtsrichter und Schöffen gemeinsam. Begr. RefE II S. 200/201; III S. 69. RefE IV stellt dies in § 20 I 3 durch die Wendung: „der Amtsrichter als Einzelrichter" klar. In dieser Bestimmung ist übrigens der Untersuchungsrichter, bei ProtRefK Bd. I S. 15 und Bd. II S. 200 und 403 der beauftragte Richter nicht genannt.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Entwürfe einen Unterschied machen zwischen der Prüfung der äußeren Erfordernisse einer Ablehnung und der Entscheidung über die sachliche Begründetheit. Die Regelung des Verfahrens über eine nicht als unzulässig verworfene Rekusation entspricht im wesentlichen den Grundsätzen des bis zur Emminger-Verordnung geltenden Rechts. RefE I Art. II § 27; II, III, NKommB: § 21. Insbesondere wurde daran festgehalten, daß bei dem Beschluß über die Begründetheit der Ablehnung die Schöffen nicht mitzuwirken haben, mag das Gesuch sich gegen einen Richter oder

Schöffen wenden. Begr. RefE II S. 201, III S. 69. Das folgt aus der Bestimmung des III. Absatzes dieses § 21, wonach die Verhandlung zu unterbrechen ist, wenn die Entscheidung im Laufe einer Hauptverhandlung erforderlich wird, und aus dem Grundsatze, daß die Schöffen nur während der Hauptverhandlung tätig werden sollen. Daß der Abgelehnte an der sachlichen Prüfung des Gesuchs nicht mitwirken dürfe, wird in den Entwürfen im Gegensatz zum geltenden Recht ausdrücklich hervorgehoben. Über die Ablehnung eines vom Präsidenten des RG bestellten Untersuchungsrichters entscheidet nach RefE II, III: § 21 II, NKommB § 21 III 1 der erste Strafsenat des RG. In der Reichstagskommission von 1910 war bei der ersten Lesung ein Antrag angenommen worden, wonach über die Ablehnung des Untersuchungs- oder Amtsrichters bei einem mit mehreren Amtsrichtern besetzten Amtsgericht der dienstälteste Amtsrichter, und falls dieser selbst abgelehnt ist, der im Dienstalter ihm folgende Richter entscheiden solle. Bei der zweiten Lesung wurde dieser Abänderungsvorschlag indessen wieder fallen gelassen. NKommB S. 3165/3166, 3496/3497. Die heutige Fassung von StPO 27 I, II und III entspricht dem in RefE VI Art. IV 2 gemachten Vorschlag. — Vergl. auch RefE IV § 21, Begr. S. 36; V Art. IV 2.

Der § 22 von RefE II und III und der NKommB sowie der § 23 von RefE IV entspricht im wesentlichen dem Inhalt von StPO 28. Nur wird wegen des § 21 auch gegenüber dem Beschluß, der die Ablehnung als unzulässig verworfen hatte, eine Anfechtungsmöglichkeit gegeben. Vergl. RefE I Art. II § 28 III. Weiter wird durch eine Neufassung des heutigen § 28 II zum Ausdruck gebracht, daß nicht nur die Anfechtbarkeit des Beschlusses davon abhängt, ob die Entscheidung in der Hauptsache anfechtbar ist, sondern daß der Beschluß nur mit dem Rechtsmittel angefochten werden kann, das gegen die Entscheidung in der Hauptsache stattfindet. Begr. RefE II S. 201, III S. 70, IV S. 36. — Vergl. ferner ProtRefK Bd. II S. 405.

StPO 29 und 30 deckt sich sachlich mit den §§ 23 und 24 von RefE II und III und den §§ 23 und 21 III bezw. II der NKommB, sowie mit den §§ 24 und 22 von RefE IV. Nur wird durch eine schärfere Formulierung des § 29 StPO bestimmt, daß sich der Abgelehnte vor der Entscheidung über das Gesuch grundsätzlich aller Handlungen zu enthalten hat und hiervon nur eine Ausnahme gilt, wenn die betr. Handlung keinen Aufschub gestattet. Begr. RefE III S. 70. Zur Klärung etwaiger Zweifel ver-

langt § 21 III bezw. II der NKommB, daß unter den Mitgliedern des Gerichts die Zweifel über die Ausschließung eines von ihnen entstehen müssen.

Anders als § 31 StPO, der die Bestimmungen des 3. Abschnittes des 1. Buchs auf den Gerichtsschreiber nur für entsprechend anwendbar erklärt, führen die Entwürfe diejenigen Vorschriften ausdrücklich an, die auch für den Urkundsbeamten in Frage kommen. RefE II, III, IV, NKommB: § 25. In diesem Katalog bezeichnen sie die §§ 15 und 17—24. Die NKommB nennen die §§ 15 und 17—23, da hier der § 24 in § 21 III bezw. II gefaßt ist. Indem der ganze § 21 mitangezogen wird, kommt klar zum Ausdruck, daß die Schöffen auch über die Frage der Begründetheit einer Gerichtsschreiberablehnung nicht mitentscheiden sollen. Begr. RefE II S. 202, III S. 70, ProtRefK Bd. I S. 400 ff., Bd. II S. 18 ff., 405. Die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Ausschließung oder Ablehnung eines Urkundsbeamten ist die gleiche wie im geltenden Recht.

Eine den §§ 31 und 32 StPO entsprechende Vorschrift bezüglich der Schöffen und Geschworenen hat sich für die Entwürfe erübrigt, da sie, gemäß ihrer jeweiligen Einstellung, diese Personengruppen gleich durch sinngemäße Formulierung der Einzelbestimmungen einbeziehen, bezw. einer Sonderregelung unterwerfen.

Anhang

DIE ABLEHNUNG VON GERICHTSPERSONEN IM ÖSTERREICHISCHEN STRAFPROZESS.

Eine Abhandlung über das Thema: „Die Ablehnung von Gerichtspersonen im Deutschen Strafprozeß" wäre nicht erschöpfend, wenn sie sich mit der Erörterung der reichsdeutschen Verfahrensnormen begnügen würde. Es erscheint vielmehr angebracht, über die Regelung dieses Rechtsinstitutes im österreichischen Strafprozeß wenigstens einen Überblick zu geben.

Die österreichische Strafprozeßordnung (öStPO) vom 23. Mai 1873 (Reichsgesetzblatt (RGBl) Nr. 119) behandelt das hier in Frage stehende Gebiet in ihrem VII. Hauptstück: Von der Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen und Staatsanwälten. Daneben gelten aber auch einzelne Bestimmungen des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG) vom 27. November 1896 (RGBl Nr. 217) und der Geschäftsordnung für die Gerichte erster und zweiter Instanz (GeschO) vom 5. Mai 1897 (RGBl Nr. 112).

Ablehnungsgründe i. S. des österreichischen Strafverfahrens sind außer den Ausschließungsgründen alle „anderen Gründe, welche geeignet sind, die volle Unbefangenheit des Abzulehnenden in Zweifel zu setzen". § 72 I öStPO. Der Begriff der Befangenheit ist also hier weiter gefaßt als bei RStPO 24 II. Aus dem Wortlaut von § 72 I geht im Gegensatz zum reichsdeutschen Recht nicht eindeutig hervor, daß das Ablehnungsgesuch auch mit dem Vorliegen eines Ausschließungsgrundes gerechtfertigt werden kann. Durch arg. a. min. ad maj. und mit Rücksicht auf die Natur der Sache muß dies jedoch angenommen werden.[1]) Im folgenden sei daher zunächst ein Abriß der Ausschließungsgründe gegeben.

Die Ausschließungsgründe sind in den §§ 67—69 öStPO einzeln aufgezählt. Sie decken sich im wesent-

1) Vergl. Lohsing, S. 142.

lichen mit denen des reichsdeutschen Strafverfahrens. Nur läßt sich allgemein die Beobachtung machen, daß darüber hinaus der Rahmen der die Inhabilität begründenden Umstände und Verhältnisse weiter gespannt ist als in der RStPO.

In § 67 sind zunächst die Ausschließungsgründe angeführt, die sich aus gewissen persönlichen Beziehungen der betr. Gerichtsperson zu dem Prozeßbeteiligten ergeben. Hienach ist jeder Richter [2]) und Protokollführer von der Vornahme gerichtlicher Handlungen im Strafverfahren [3]) ausgeschlossen, wenn er selbst der durch die strafbare Tat Verletzte,[4]) oder wenn die beschuldigte oder verletzte [4]) Person mit ihm durch das Band der Ehe verbunden, oder wenn der Beschuldigte, der Verletzte,[4]) der Staatsanwalt, der Privatankläger oder der Verteidiger [5]) mit ihm in auf- oder absteigender Linie verwandt oder verschwägert, sein Geschwisterkind,[6]) oder noch näher mit ihm verwandt, oder in gleichem Grade verschwägert ist, oder zu ihm in dem Verhältnis von Wahl- oder Pflegeeltern oder -kindern, eines Vormunds oder eines Mündels steht.[7]) Ebenso wie die RStPO nennt auch die öStPO, weil selbstverständlich, die Stellung eines Richters oder Urkundsbeamten als Prozeßpartei nicht als besonderen Ausschließungsgrund. Naturgemäß hat aber hier erst recht relative Unfähigkeit einzutreten. Gemäß § 45 des GOG finden die Vorschriften der §§ 67—76 öStPO auch auf richterliche Hilfsbeamte, denen richterliche oder staatsanwaltschaftliche Geschäfte übertragen sind, entsprechende Anwendung. Dies gilt also für die ganze Erörterung des VII. Hauptstücks der öStPO.

Ferner ist wegen bestimmter Beziehungen zur einzelnen Strafsache nach § 68 I von der Wirksamkeit als Richter oder Protokollführer ausgeschlossen, wer außer-

---

2) — über dessen Begriff siehe Cramer, Anm. zu § 9; —
3) — und zwar für alle Instanzen; Cramer, Fußn. 1 zu § 67, Lohsing, S. 138 und der dort zit. Beschluß des Kassationshofs (KH) vom 8. April 1895 (Nr. 1809 d. amtl. Sammlg.); vergl. ferner Warhanek, Anm. zu § 67; —
4) — also auch der zum Anschluß als Privatbeteiligter Berechtigte; Lohsing, S. 139; Warhanek, a.a.O.; —
5) — nach Lohsing, S. 139, (scheinbar mit Rücksicht auf § 68 I 2) auch d. Vertreter des Privatanklägers oder des Privatbeteiligten; —
6) — d. h. im 4. Grad der Seitenlinie verwandt; Cramer Fußn. 2 zu § 67; Lohsing, S. 139 und die dort zit. Entsch. des KH vom 30. September 1890 (Nr. 1365 der amtl. Sammlg.); vergl. ferner Warhanek, a.a.O.; —
7) — bezw. gestanden hat; Lohsing, S. 139; —

halb seiner[8]) Dienstverrichtungen Zeuge der in Frage stehenden Handlung gewesen,[9]) oder in der Sache als Zeuge oder Sachverständiger vernommen worden ist, ferner wer in dieser Sache als Verteidiger, als Vertreter des Privatanklägers oder Privatbeteiligten, oder als Staatsanwalt[10]) mitgewirkt hat.[11])

Im Gegensatz zu den eben genannten Gründen, die eine Ausschließung für das ganze Verfahren bewirken, kennt die öStPO auch eine Reihe von Beziehungen zur einzelnen Strafsache, die nur von gewissen Prozeßabschnitten oder -stellungen ausschließen. So ist nach § 68 II 1 von der Mitwirkung und Entscheidung bei der Hauptverhandlung ausgeschlossen, wer in derselben Sache als Untersuchungsrichter tätig gewesen ist,[12]) oder an der Entscheidung über den Einspruch gegen die Versetzung in den Anklagestand (§§ 211—214) teilgenommen hat.[13]) Wenn eine Hauptverhandlung infolge einer Berufung oder Nichtigkeitsbeschwerde wiederholt werden muß, so sind von der neuen Hauptverhandlung jene Richter ausgeschlossen, welche an der ersten teilgenommen haben. § 68 II 2 öStPO.[14]) [15]) [16])

---

8) — nach Lohsing, S. 139, nicht nur durch die StPO vorgeschriebenen —

9) — also auch wenn er nicht als Zeuge aufgetreten ist; —

10) — oder staatsanwaltschaftlicher Funktionär; Lohsing, S. 139; —

11) In welcher Weise diese Mitwirkung erfolgte, ist gleichgültig. Vergl. Lohsing, S. 139 und die dort (Fußn. 2) zit. Entscheidung des KH.

12) — d. h. im Laufe der Vorerhebung oder Voruntersuchung, (aber nicht bei der Vorerhebung in Uebertretungsfällen vor den Bezirksgerichten, §§ 451, 452), Untersuchungshandlungen, keine bloßen Formalakte, wie z. B. Zustellung der Anklageschrift, vorgenommen hat; vergl. Cramer, Fußn. 3 zu § 68; Gleispach, S. 119; Lohsing, S. 139 sowie die dort angegebenen Entsch. des KH; ferner Warhanek, Anm. zu § 68; v. Waser, Allg. österr. Ger. Zeitg. 1876/341 (zit. bei Lohsing, S. 139 Fußn. 5); —

13) Im letzteren Fall nimmt Lohsing, S. 140, keine Ausschließung für das Rechtsmittelverfahren an.

14) Dies gilt aber nur, wenn die Hauptverhandlung nach Aufhebung des Urteils durch eine höhere Instanz infolge eines Rechtsmittels wiederholt werden muß, also nicht bei einer Wiederholung wegen eines Einspruchs gegen ein in Abwesenheit des Angeklagten ergangenes Urteil (§ 427) oder infolge einer Wiederaufnahme (§§ 358, 359) oder wegen einer Unzuständigkeitserklärung (§§ 261, 349). Vergl. Cramer, Fußn. 8—10 zu § 68 und die dort zit. Entsch. des KH, ferner Gleispach, S. 119; Lohsing, S. 140.

15) Nach den Entsch. des KH vom 7. Juni 1886 (Nr. 933 d. amtl. Sammlg.) zit. bei Cramer, Fußn. 1 zu § 68, sind die Ausschließungsgründe im Gesetz taxativ aufgezählt. Eine ausdehnende Interpretation ist also nicht zulässig. Der Schlußsatz von § 68

Mitglieder von Gerichten höherer Instanz sind insbesondere auch ausgeschlossen von der Verhandlung über alle Strafsachen, bei welchen sie als Untersuchungsrichter tätig waren,[17]) von der Verhandlung über Rechtsmittel gegen alle diejenigen Entscheidungen, bei welchen sie selbst in einer unteren Instanz an der Abstimmung teilgenommen haben.[18]) § 69 I 1 und 2 öStPO.

Endlich kennt das österreichische Strafverfahren eine Reihe von Gründen, die nicht vom Richteramt schlechthin, sondern nur von der Bekleidung gewisser Prozeßstellungen ausschließen. So ist ein Richter relativ unfähig zur Führung des Referats und zum Vorsitz bei einer Verhandlung in denjenigen Strafsachen, in welchen als Untersuchungsrichter oder Referent[19]) bei einem untergeordneten Gericht eine Person tätig war, die mit ihm in einem der in § 67 bezeichneten Verhältnisse steht.[20]) § 69 3. Wenn gemäß § 332 die Entscheidung ausgesetzt wurde, weil sich die Geschworenen zum Nachteil des Angeklagten geirrt hatten, so darf bei der neuerlichen Hauptverhandlung kein Richter des Schwurgerichtshofs den Vorsitz führen.

Die Ausschließungsgründe sind von Amtswegen zu berücksichtigen. Gemäß § 70 I öStPO ist jeder Richter verpflichtet, das seine Ausschließung begründende Verhältnis unverzüglich dem Vorsteher seines Gerichts anzuzeigen. Ist ein Gerichtsvorstand selbst ausgeschlossen, so hat er die Anzeige seinem Stellvertreter zu machen. Fehlt ein solcher oder würde durch das Ausscheiden des Vorstehers Beschlußunfähigkeit des Gerichts eintreten, so hat die Anzeige an den Vorstand des übergeordneten Gerichts zu erfolgen. GOG 22 I.[21]) Der Protokollführer hat die Anzeige dem Richter zu machen, bei welchem er das Protokoll führen soll. § 70 II öStPO.

---

kann deshalb nicht auch auf den Staatsanwalt oder den Protokollführer bezogen werden. Warhanek, Anm. zu § 68.

16) Lohsing, S. 140 Fußn. 2 bezieht die Ausschließung nicht nur auf die Hauptverhandlung, sondern auch auf deren Vorbereitung.

17) — über den Begriff des Untersuchungsrichters vergl. Fußn. 12; —

18) Nach Lohsing, S. 140, gilt dies trotz der Wendung: „an der Abstimmung teilgenommen haben“ auch für den Einzelrichter der unteren Instanz.

19) — oder, nach Warhanek, Anm. zu § 69, als Vorsitzender; —

20) Vergl. dazu Cramer, Fußn. 11 zu § 68; Gleispach, S. 119; Lohsing, S. 141.

21) Vergl. Cramer, Anm. zu § 70; Gleispach, S. 120; Lohsing, S. 141; Warhanek, § 70.

Von dem Zeitpunkt der Kenntnis des Ausschließungsgrundes hat sich jede Gerichtsperson aller amtlichen Handlungen zu enthalten; andernfalls sind diese Akte nichtig. Nur bei Gefahr im Verzug und wenn die Bestellung eines anderen Richters oder Protokollführers nicht sogleich bewirkt werden kann, hat der Betreffende die dringend nötigen gerichtlichen Handlungen selbst vorzunehmen, es sei denn, daß gegen die Gattin des Richters oder gegen Personen, die mit ihm verwandt oder verschwägert sind (§ 67), einzuschreiten wäre. Hier ist die Amtshandlung unverzüglich an den nächsten Richter abzutreten. § 71 I öStPO.

Durch Art. I Ziff. 7 der ersten Strafprozeßnovelle vom Jahre 1920 (Ges. vom 15. Juni 1920, Staatsgesetzblatt Nr. 279) erhielt der § 71 öStPO noch einen II. Absatz, wonach über die Ausschließung eines Schöffen die Ratskammer, in der Hauptverhandlung der Vorsitzende des Schöffengerichts allein entscheidet. Gegen seine Entscheidung findet kein selbständiges, die weitere Verhandlung hemmendes Rechtsmittel statt.

Für die Geschworenen sind die Ausschließungsgründe in § 306 I 1—4 öStPO erschöpfend aufgezählt. Hienach darf ein Geschworener an der jeweiligen Hauptverhandlung nicht mitwirken, wenn er zu den Parteien oder ihren Vertretern [22]) in einem Verhältnis steht, das gemäß § 67 die Ausschließung eines Richters begründen würde, ferner wenn er aus der Freisprechung oder Verurteilung des Angeklagten einen Nutzen oder Schaden [23]) zu erwarten hat, wenn er in der vorliegenden Sache als Gerichtszeuge verwendet wurde, wenn er als Anzeiger, Ankläger, Verteidiger oder Vertreter des Privatbeteiligten aufgetreten ist, oder als Zeuge oder Sachverständiger abgehört wurde oder abgehört werden soll.[24]) Endlich ist ein Geschworener auch ausgeschlossen, wenn er bei einer früheren Hauptverhandlung über dieselbe Strafsache, die nunmehr zur neuerlichen Hauptverhandlung gelangt (§§ 332 [Aufhebung des Wahrspruchs], 348, 350 II [Kassationsentscheidung]), sich als Geschworener beteiligt hat.[25]) Vor

22) — deren Namen deshalb bekannt gemacht werden müssen; Lohsing, S. 152; Warhanek, Anm. zu § 306; —

23) — der nach Warhanek, a. a. O., nicht nur ein vermögensrechtlicher zu sein braucht; —

24) Die bloße Möglichkeit zur Zeugenschaft genügt also nicht.

25) An einer wegen Vertagung oder Wiederaufnahme erforderlichen neuen Hauptverhandlung kann also der gleiche Geschworene teilnehmen. Vergl. auch Gleispach, S. 120 Fußn. 1 und die dort zit. Entsch. des KH.

der Bildung der Geschworenenbank hat der Vorsitzende die Parteien und die Geschworenen zu fragen, ob bei einem der letzteren ein Ausschließungsgrund vorhanden sei. § 306 I. Ueber die dann vorgebrachten Ausschließungsgründe entscheidet der Gerichtshof. Gibt er einem derartigen Gesuch statt, so ist erforderlichenfalls die Zahl der Geschworenen gemäß § 305 zu ergänzen. § 306 II.

Wie bereits erwähnt, sind alle von einer ausgeschlossenen Gerichtsperson vorgenommenen Prozeßhandlungen nichtig. § 71 I 1. Gleiches hat von den Akten eines relativ unfähigen Geschworenen zu gelten. Ein Urteil kann wegen der in irgend einem Teil des Verfahrens erfolgten Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters, Schöffen, Geschworenen oder Protokollführers unter bestimmten, noch zu besprechenden Voraussetzungen mit der Nichtigkeitsbeschwerde und im bezirksgerichtlichen Verfahren mit der Berufung angefochten werden. §§ 281 I 1 und 2, 344 I 1 und 3, 468 I 1 öStPO.

Ablehnungsgründe i. S. des österreichischen Strafverfahrens sind, wie eingangs bereits erwähnt, außer den Ausschließungsfällen alle anderen Gründe, die geeignet sind, die volle Unbefangenheit des Abzulehnenden in Zweifel zu setzen. Hierher gehören also alle Verhältnisse und Umstände, die, ohne gleich eine Inhabilität zu begründen, doch immerhin eine gewisse Voreingenommenheit befürchten lassen, wie z. B. die Mitwirkung des Richters an einem mit der betr. Strafsache in Zusammenhang stehenden Zivilverfahren, ferner persönliche Feindschaft oder Freundschaft, Kollegialität, u. U. politische Gegnerschaft, u. s. f.[26]) Daß ein Ablehnungsgesuch auch auf das Vorliegen eines — fehlerhafterweise noch nicht von Amtswegen berücksichtigten — Ausschließungsgrundes gestützt werden kann, wurde ebenfalls bereits betont.

Zur Ablehnung von Mitgliedern des Gerichts und von Protokollführern sind gemäß § 72 I der Staatsanwalt, der Privatbeteiligte, der Privatankläger und der Beschuldigte berechtigt. Aber auch jeder Richter ist selbst verpflichtet, alle Gründe anzuzeigen, die geeignet sind, seine volle Unbefangenheit in Zweifel zu setzen (§ 70). § 72 II (eingefügt durch Art. I Ziff. 8 der 1. Strafprozeßnovelle vom Jahre 1920). Vergl. auch GOG 22.

Das Rekusationsgesuch ist stets bei dem Gericht, dem der Abzulehnende angehört, schriftlich oder zu Pro-

26) Vergl. Lohsing, S. 142 und — dort in Fußn. 1 zit. — Krczka, Gerichtshalle 1886/362; Suchanek, Allg. Oesterr. Ger.Ztg. 1906/393.

tokoll anzubringen. In ihm müssen die Gründe der Ablehnung genau angegeben und soviel als möglich bescheinigt sein. § 73. Dabei ist unter „Bescheinigen" in sinngemäßer Anwendung von § 274 öZPO das gleiche wie unter „Glaubhaftmachen" zu verstehen, also die Erbringung einer genügenden Wahrscheinlichkeit an Stelle vollständigen Beweises.[27])

Das Gesuch ist grundsätzlich befristet und zwar in weitergehendem Maße als im reichsdeutschen Recht. Handelt es sich nämlich um die Ablehnung eines Mitglieds des erkennenden Gerichts, so ist das Gesuch längstens binnen vierundzwanzig Stunden vor Beginn der Verhandlung anzubringen. Bei der Verwerfung eines ganzen Gerichtshofs hat die Geltendmachung längstens binnen drei Tagen nach der Vorladung zur Verhandlung zu erfolgen. § 73. Bei diesen zeitlichen Begrenzungen handelt es sich aber, wie Lohsing[28]) mit Recht ausführt, um keine Praeklusivfristen. Daß es sich überhaupt um keine solchen handeln kann, folgt schon aus der Vorschrift von § 455 I 1 öStPO, wonach die Vorbereitungsfrist, d. h. der Zeitraum zwischen Ladungszustellung und Verhandlungstag, im bezirksgerichtlichen Verfahren nur vierundzwanzig Stunden zu betragen braucht. In dringenden Fällen, wenn nur unbedeutende Gesetzesübertretungen in Frage stehen und wenn sich der Beschuldigte am Gerichtsort befindet, kann diese Frist sogar noch weiter abgekürzt werden. § 455 I 2. Bei einem Verfahren wegen Verbrechens braucht die Vorbereitungsfrist nicht mehr als drei Tage zu betragen, es sei denn, daß es sich um ein dem Geschworenengericht zur Aburteilung zugewiesenes Verbrechen handelt. § 221 I 1 öStPO. Die Annahme, daß die zeitlichen Begrenzungen des § 73 keine Praeklusivfristen sind, findet auch, wenigstens soweit eine Rekusation wegen vorhandener Ausschließungsgründe vorliegt, eine Stütze in den Bestimmungen der §§ 281 I 1, 344 I 1, 468 I 1. Hienach kann die Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters sogar im Rechtsmittelverfahren gerügt werden, es wäre denn, daß der Inhabilitätsgrund dem Beschwerdeführer noch vor oder w ä h r e n d der Hauptverhandlung bekannt und von ihm nicht gleich bei Beginn der Hauptverhandlung, bezw. g l e i c h n a c h e r l a n g t e r K e n n t n i s geltend gemacht wurde. Es ist deshalb anzunehmen,

27) Lohsing, S. 304 2 i. V. m. S. 143.
28) S. 142/143.

daß die Fristen von § 73 nur dann Gültigkeit haben, wenn die Anbringung des Rekusationsgesuchs innerhalb der dort normierten Zeitspanne überhaupt möglich ist. Andernfalls muß die Ablehnung auch noch in der Hauptverhandlung, eine Verwerfung wegen Inhabilität, die früher entweder ohne Erfolg geblieben war oder deren nun vorgebrachte Ausschließungsbegründung erst später bekannt wurde, noch im Rechtsmittelverfahren zulässig sein. Die Ablehnung eines Schöffen kann gemäß Satz 1 des durch Art. I Ziff. 9 der 1. Strafprozeßnovelle vom Jahre 1920 neu geschaffenen § 74 a der öStPO geltend gemacht werden, solange die Hauptverhandlung noch nicht bis zur Vernehmung des Angeklagten über den Inhalt der Anklage vorgeschritten ist.

Über die Zulässigkeit der Ablehnung einer Gerichtsperson entscheidet regelmäßig der vorgesetzte Gerichtsvorsteher. § 74 I. Wird ein Bezirksrichter abgelehnt, so entscheidet die Ratskammer des Gerichtshofs erster Instanz. Handelt es sich um die Verwerfung eines ganzen Gerichts erster Instanz oder dessen Vorstehers, so entscheidet der Gerichtshof zweiter Instanz. Über die Ablehnung eines Gerichtshofs zweiter Instanz oder dessen Präsidenten entscheidet der Kassationshof.[29]) Diese Bestimmungen von § 74 II öStPO haben jedoch durch § 28 GOG eine gewisse Abänderung erfahren. Hienach kann nämlich die Ablehnung von Einzelrichtern bei einem Bezirksgericht dessen Vorstand ohne Einholung einer Entscheidung des übergeordneten Gerichtshofs erster Instanz dadurch erledigen, daß er die Rechtssache einem der übrigen, in dieser Sache rechtlich nicht behinderten Einzelrichter überträgt. In gleicher Weise kann der Präsident des übergeordneten Gerichtshofs erster Instanz bei Ablehnung des Vorstehers eines Bezirksgerichts die Rechtssache an den zu dessen Vertretung berufenen Einzelrichter oder an den zur Vertretung des Bezirksgerichtsvorstehers ständig bestimmten Richter überweisen. Erst wenn eine solche Ueberweisung durch Vorsteher oder Präsident nicht erfolgt, ist also gemäß § 74 II die Ratskammer zur Entscheidung berufen. Über eine Schöf-

29) Nach Lissbauer, S. 36 i. V. m. S. VII, ist neuerdings statt „Bezirksrichter" die Wendung: „Vorsteher eines Bezirksgerichts" und statt „Kassationshof" der Ausdruck: „Oberster Gerichtshof" zu gebrauchen, da durch spätere Vorschriften diese neuen Wendungen eingeführt wurden, ohne daß die früheren Bestimmungen eine dementsprechende Neufassung erhalten hätten. Auf diese Abweichung sei deshalb hier ein für allemal verwiesen.

fenablehnung in der Hauptverhandlung entscheidet der Vorsitzende, sonst die Ratskammer. § 74 a 2.

Wenn dem Gesuch stattgegeben wird, so hat der diese Entscheidung treffende Vorsteher bezw. Gerichtshof zugleich denjenigen Richter oder das Gericht zu bezeichnen, dem die Sache zu übertragen ist. § 74 III 2. Dabei ist aber [30]) Voraussetzung, daß das zur Entscheidung über den Ablehnungsantrag berufene Gericht auch zur Bestimmung eines anderen Gerichts nach den für die Delegierung geltenden Vorschriften (§§ 62 ff.) zuständig ist. Über die Ablehnung sämtlicher Richter eines Bezirksgerichts entscheidet also der Gerichtshof erster Instanz, d. h. das dem Bezirksgericht übergeordnete Landes- bezw. Kreisgericht. Die dadurch bedingte Delegierung eines anderen Bezirksgerichts gehört dagegen zur Zuständigkeit des Oberlandesgerichts.

Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch gegen eine Gerichtsperson im Allgemeinen ist schlechthin unanfechtbar. § 74 III 1. Dabei ist gleichgültig, von wem das Gesuch gestellt war und ob ihm stattgegeben wurde oder nicht. Die Bezeichnung des an die Stelle des abgelehnten Gerichts tretenden anderen Gerichts fällt dagegen nicht unter das Rechtsmittelverbot des § 47 III 1. Das ergibt sich schon aus der räumlichen Anordnung des III. Absatzes von § 74. Diese Delegierung kann vielmehr mit der Beschwerde nach § 63 II angegriffen werden. Gegen die Entscheidung des Vorsitzenden über eine in der Hauptverhandlung geltend gemachte Schöffenablehnung findet kein selbständiges, die weitere Verhandlung hemmendes Rechtsmittel statt. § 74 a 3.

Nach Warhanek [31]) ist ein abgelehnter Richter verpflichtet, vor der Entscheidung des Gerichts sich über die geltendgemachten Gründe zu äußern.

Im Gegensatz zum reichsdeutschen kennt das österreichische Strafverfahren noch wirkliche Geschworene. Da diese gegenüber den anderen Gerichtspersonen eine völlig verschiedene Stellung einnehmen, unterliegen sie auch nicht den allgemeinen Ablehnungsvorschriften. Vielmehr ist für die Verwerfung von Geschworenen in einzelnen Bestimmungen des XIX. Hauptstücks der öStPO eine Sonderregelung getroffen, die von den Ablehnungsnormen des VII. Hauptstücks stark abweicht.

30) — nach Lohsing, S. 143/144, —
31) Anm. zu § 74.

Die Geschworenenbank wird regelmäßig mit zwölf Geschworenen besetzt. § 300. Wenn die Hauptverhandlung voraussichtlich einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen wird, können neben diesen Hauptgeschworenen noch ein oder zwei Ersatzgeschworene zugezogen werden. § 310 1.

Die Bildung — oder besser gesagt, Besetzung — der Geschworenenbank erfolgt durch Auslosung. Zu ihr darf bei sonstiger Nichtigkeit erst geschritten werden, wenn wenigstens vierundzwanzig nicht ausgeschlossene Geschworene erschienen sind, es sei denn, daß sich alle zur Ablehnung von Geschworenen Berechtigten mit einer geringeren Zahl ausdrücklich einverstanden erklären. § 307. Vorher muß der — oben bereits besprochenen — Vorschrift von § 306 Genüge geschehen sein.

Die Auslosung erfolgt nun in der Weise, daß der Vorsitzende die in eine Urne gelegten Namen der Geschworenen einzeln herausnimmt und verliest, nachdem er vorher die jedem Beteiligten zukommende Anzahl von Ablehnungen bekanntgegeben und nötigenfalls die Art der Ausübung des Ablehnungsrechts festgestellt hat. § 309 I.

Zur Ablehnung von Geschworenen sind nur der Ankläger und der Angeklagte berechtigt. Der Verteidiger ist kraft seiner Vollmacht dazu befugt. Dagegen hat der Privatbeteiligte kein Ablehnungsrecht.[32]) Soweit die Zahl der Geschworenen zwölf übersteigt, kann der Ankläger die eine, der Angeklagte die andere Hälfte verwerfen. Ist die Zahl eine ungerade, so genießt der Angeklagte den favor defensionis in Gestalt des Rechts, einen Geschworenen mehr ablehnen zu dürfen. Mehrere Ankläger oder Angeklagte üben das ihnen jeweils zustehende Rekusationsrecht gemeinschaftlich aus. Können sie sich dabei nicht einigen, so entscheidet das Los über die Reihenfolge, in der sie jedesmal das Ablehnungsrecht auszuüben haben. Die Verwerfung durch einen Mitberechtigten gilt und zählt dann für alle. § 308. Im Falle der Zuziehung von ein oder zwei Ersatzgeschworenen mindert sich die Zahl der erlaubten Ablehnungen verhältnismäßig. § 310 2.

Nach der Ziehung und Verlesung jedes einzelnen Namens haben sich die Ablehnungsberechtigten, solange ihr Recht nicht erschöpft ist, zu erklären, ob der Geschworene angenommen oder abgelehnt werde. Dabei genießt der Angeklagte den favor defensionis in der

32) Warhanek, Anm. zu § 309.

Weise, daß er erst nach dem Ankläger seine Erklärung abzugeben braucht. § 309 II 1. Er erfährt dadurch, welche Geschworenen dem Ankläger genehm sind und kann infolgedessen diese nun seinerseits verwerfen.[33])

Dem Angeklagten wird die Ausübung seines Ablehnungsrechts durch die Vorschrift des § 303 erleichtert, wonach ihm das Verzeichnis der Haupt- und Ergänzungsgeschworenen — nebst den Namen der zum Geschworenengericht berufenen Mitglieder des Gerichtshofs — bei sonstiger Nichtigkeit spätestens am dritten Tag vor der Hauptverhandlung mitzuteilen ist.

Die Erklärung über Annahme oder Ablehnung kann nur bis zur Ziehung des nächsten Namens erfolgen. Sie braucht nicht ausdrücklich abgegeben zu werden. Stillschweigen gilt als Annahme. Gründe der Annahme oder Ablehnung dürfen nicht genannt werden. § 309 II 2 und 3. Es liegt hier also einer der heute seltenen Fälle freier oder peremptorischer Ablehnung vor.

Anders als bei der gewöhnlichen Rekusation wegen Befangenheit, bei welcher der Ausschluß erst durch den Richterspruch Platz greift, verleiht also das Gesetz hier bereits der einfachen Willenserklärung des Ablehnungsberechtigten die Kraft, den rekusierten Geschworenen von der Ausübung seines Amtes fernzuhalten. Auch das Institut der freien Geschworenenablehnung hat den Zweck, den Parteien die Möglichkeit zu geben, befangene Personen an der Mitwirkung bei der Entscheidung der betr. Sache zu hindern. Das Verbot der Angabe von Gründen führt jedoch oft zu einer Vereitelung dieses Zweckes, indem Geschworene, die an bestimmten Tagen nicht bei Gericht fungieren wollen, die Parteien um ihre Ablehnung ersuchen.[34])

Sobald zwölf — bezw. dreizehn oder vierzehn — nicht abgelehnte Geschworene gezogen oder nur noch soviele Namen in der Urne sind als zur Ergänzung der Geschworenenzahl bis auf zwölf — bezw. dreizehn oder vierzehn — fehlen, ist die Geschworenenbank gebildet. § 309 III i. V. m. § 310 2. Damit ist die nichtöffentliche Sitzung der §§ 304 ff. beendet. Die Geschworenen nehmen ihre Sitze in der Reihenfolge ihrer Ziehung ein, worauf die Hauptverhandlung beginnt. § 312 1.

Der Vollständigkeit halber sei schließlich noch erwähnt, daß die öStPO im Gegensatz zur RStPO auch eine Ausschließung von Staatsanwälten kennt.

33) Vargha, S. 98.
34) Vergl. Gleispach, S. 122; Warhanek, Anm. zu § 308.

Gemäß § 75 sind nämlich von dem Einschreiten in Strafsachen diejenigen Mitglieder der Staatsanwaltschaft[35]) ausgeschlossen, mit denen der Beschuldigte oder dessen Verteidiger, oder der durch das Verbrechen oder Vergehen Verletzte, oder der Privatankläger in einem der im § 67 erwähnten Verhältnisse steht. Ferner sind diejenigen Staatsanwälte ausgeschlossen, die in der Sache als Zeugen oder Sachverständige vernommen wurden, oder als Verteidiger, als Vertreter des Privatanklägers oder Privatbeteiligten, oder endlich als Richter tätig waren. Der Fall, daß ein Staatsanwalt selbst der durch die strafbare Tat Verletzte ist, hat keine besondere Erwähnung gefunden. Aber auch hier dürfte die Ausschließung Platz greifen, da der Betreffende regelmäßig als Zeuge vernommen wird.[36])

Ob Mitglieder der Staatsanwaltschaft auch abgelehnt werden können, ist bestritten.[37]) Im Gesetz ist jedenfalls ein solches Ablehnungsrecht nicht normiert.

Gemäß § 76 1 ist jedes Mitglied der Staatsanwaltschaft verpflichtet, sich von dem Zeitpunkt des Bekanntwerdens eines Ausschließungsgrundes jedes Einschreitens zu enthalten und unter Anzeige an seinen unmittelbaren Vorgesetzten die Amtshandlung seinem Stellvertreter zu überlassen.[38]) Beschwerden der Parteien gegen das Einschreiten eines ausgeschlossenen Staatsanwalts sind zulässig. Durch sie darf aber das Verfahren nicht aufgehalten werden. § 76 2. Ueber solche Beschwerden entscheidet aber nicht das Gericht, sondern der unmittelbare Vorgesetzte des betr. Staatsanwalts und zwar in endgültiger Weise.[39]) Die Tätigkeit eines relativ unfähigen Staatsanwalts vermag keinen Nichtigkeitsgrund abzugeben.

Auf die Vertreter von Privatanklägern oder Privatbeteiligten können die für die Ausschließung von Staatsanwälten geltenden Vorschriften keine entsprechende Anwendung finden.[40])

---

35) — nach Lohsing, S. 168, auch die staatsanwaltschaftlichen Funktionäre, —
36) Warhanek, Anm. zu § 75.
37) Bejahend Lohsing, S. 169 und, — dort in Fußn. 1 zit. — Waser, Allg. Oesterr. Ger.Ztg. 1888/113. Verneinend: Gleispach, S. 143.
38) Gemäß seiner eben erwähnten Einstellung nimmt Lohsing, S. 169, eine solche Verpflichtung auch beim Vorliegen eines Ablehnungsgrundes an.
39) So Warhanek, Anm. zu § 76. — A. A. Lohsing, S. 169.
40) Warhanek, a.a.O.